

A Study and Edition of
al-Tanbīh wa 'l-ʿlām fī mustafādi 'l-quḍāti wa 'l-ḥukkām
by
Abū ʿAbd Allāh Muḥammad b. ʿAbd Allāh al-Yafrānī al-Miknāsī
(d.917/1511)

Submitted by
Meḥemed Moḥamed Twebti
To the University of London as a thesis for the degree of
Doctor of Philosophy
in
Early Islamic History
in the Faculty of School of Oriental and African Studies
October 2002



ProQuest Number: 10672721

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



ProQuest 10672721

Published by ProQuest LLC (2017). Copyright of the Dissertation is held by the Author.

All rights reserved.

This work is protected against unauthorized copying under Title 17, United States Code
Microform Edition © ProQuest LLC.

ProQuest LLC.
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106 – 1346

Abstract of Thesis

This is a study and an edition of *al-Tanbīh wa'l-i'ṭām fī mustafādi 'l-quḍāti wa 'l-ḥukkām* by Abū ʿAbd Allāh Muḥammad b.

ʿAbd Allāh al-Yafranī known as al-qāḍī al-Miknāsī (d.917/1511), a Moroccan scholar living in Fes during the last stages of the Merinid dynasty. The work is composed of two main parts: The first represents an editorial introduction in which a detailed study has been made in order to bring to light both the author and his book, focusing on the author's identity including his lineage as well as his scholarly life and career. In addition, we have set up a general picture of the political and intellectual environment in Morocco during the author's life time.

With regard to the primary text, our study has sought to provide a description of the manuscript copies, a brief overview of the subject matter, and a consideration of the structure of the text and its sources from Mālikī *fiqh*. We have also aimed to consider the author's treatment of his chosen topics. Observations of the edited work and some features of its importance as a contribution to the Mālikī *fiqh* field are also offered.

The general footnotes to the Arabic text, made in English along with the glossary of legal terms and phrases, and a bibliography are provided in this section .

The second section is comprised of the primary text *al-Tanbīh wa 'l-i'ān* which has been transcribed into typed form to make it more accessible to the reader, but remains in keeping with the original structure of the text. It is numbered in Arabic numerals and includes editorial footnotes which mark the differences between the manuscript copies. Chapters and sub chapters are clearly outlined, while indices of Qur'ānic verses, prophetic traditions, persons and geographical names are located at the end of this section.

Table of Contents

Section I

| | |
|--|-----|
| INTRODUCTION | 8 |
| CHAPTER I | 8 |
| The Author | 8 |
| CHAPTER II | 53 |
| Political life in the Maghrib during al-Miknāsī's Era | 53 |
| CHAPTER III | 77 |
| Intellectual life in the Maghrib during al-Miknāsī's Era | 77 |
| CHAPTER IV | 102 |
| The book of <i>al-Tanbīh wa'l-i'ālam</i> | 102 |
| Notes of the Arabic text | 127 |
| Glossary of legal terms and phrases of the Arabic text | 282 |
| Bibliography | 301 |

Section II

The Arabic text

Acknowledgements

I am very fortunate to have received consistent support from three sources. Firstly my sincerest thanks goes to Professor G. R. Hawting for his expertise, attention and guidance. His careful critique has been invaluable and is most highly appreciated. I would also like to extend my appreciation to members of my family who have offered enthusiasm along side technical support for this work. My deepest gratitude is owed equally to those many friends who bestowed their encouragement in abundance. Dr Muhammad al-Maguz is owed particular attention for his unfailing generosity of spirit in making himself and his resources available.

M. M. Twebti (al-Thuwaybiti)

NOTE ON DIACRITICS

The reader will notice that transliterated terms in italics may appear to have an unusual pattern of spacing where diacritics have been used, for example; *uṣūl* , *furūʿ* , *nawāzil* , *fatāwā* , *fuqahā'* . This is due to an unavoidable characteristic of the word processing system on which this thesis was compiled.

Abbreviations of the manuscript copies

ب = The British Library, ms.

ت = The Tunisian National Library, ms.

١خ = The General Library, Rabat, ms. I .

٢خ = The General Library, Rabat, ms. II .

س = The Escorial Library, ms.

INTRODUCTION

CHAPTER I

The Author

The identity of al-Qāḍī al-Miknāsī

There are two different sources from which we can ascertain the identity of al-Qāḍī al-Miknāsī. The first source is the book which is herewith presented; *al-Tanbīh wa 'l-i'ṭām fī mustafādī 'l-quḍātī wa'l-ḥukkām*, and the second source is the information about al-Miknāsī which is reported in some biographical works.

Regarding the author's name as presented at the beginning of the primary text, all of the five manuscripts in use in this study identify him under an identical name; Abū 'Abd Allāh Muḥammad b. 'Abd Allāh b. Muḥammad al-Yafranī known as al-Qāḍī al-Miknāsī. This indicates that the author had identified himself at the beginning of his work *al-Tanbīh* as was the practice of authors during al-Miknāsī's time. Accordingly, we can use this source to settle any differences which occur between the biographers who have used varying names, as will become evident during the investigation of the biographical works.

As for the biographers, there is some controversy between them about the author's identity. Most of the biographers identify him as Abū °Abd Allāh Muḥammad b. °Abd Allāh b. Muḥammad al-Yafranī al-Miknāsī known as al-Qāḍī al-Miknāsī, which corresponds with the identity given at the beginning of the text.¹ One biographer identifies him as Muḥammad b. Aḥmad b. °Abd Allāh al-Yafranī known as al-Miknāsī,² but this identity is not supported by the rest of the biographers of al-Miknāsī and has been regarded as inaccurate.

The ancestry of al-Qāḍī al-Miknāsī

With regard to al-Miknāsī's ancestry there is some confusion which has been created by misleading information given by some of his biographers who reported that al-Miknāsī was a descendant of the jurist Abū 'l-Ḥasan °Alī b. °Abd al-Raḥmān b. Tamīm al-Yafranī al-

¹ Muḥammad b. Muḥammad Makhḷūf, *Shajarat al-nūr al-zakiyya fī ṭabaqāt al-mālikiyya*, Beirut, Dār al-Kitāb al-°Arabī, n.d., 275., hereinafter: Makhḷūf, *shajara*. °Abd al-Raḥmān b. Muḥammad b. Zaydān, *Itḥāf a'lām al-nās bi jamāl akhbār ḥaḍirat miknās*, Rabat, 1933, III, 599., hereinafter: Ibn Zaydān, *Itḥāf*. Aḥmad b. Muḥammad b. al-Qāḍī al-Miknāsī, *Durrat al-ḥijāl fī asmā' al-rijāl*, Cairo, Dār al-Turāth, 1971, II, 146., hereinafter: Ibn al-Qāḍī, *Durra*.

² Aḥmad b. Aḥmad Aqīt Bābā, *Nayl al-ibtihāj bi taṭrīz al-dībāj*, (Beirut, Dār al-Kutub al-°Ilmiyya, n.d.), 333., hereinafter: Aḥmad Bābā, *Nayl*.

Miknāsī known as al-Ṭanjī (d.734/1333).³ While the biographers present this information they fail to mention any of Abū `l-Ḥasan's successors who could be considered as al-Miknāsī's ancestors . However, the jurist Aḥmad b. °Abd al-Raḥmān b. Tamīm al-Yafranī al-Miknāsī (d.753/1352) the brother of the above mentioned Abū `l-Ḥasan, is known from the biographical works, and so are his descendants up to the life time of al-Qāḍī al-Miknāsī.⁴

Accordingly, we believe that al-Qāḍī al-Miknāsī is a descendant of Aḥmad b. °Abd al-Raḥmān for two reasons: Firstly, among the latter's successors there are two who bear names which correspond with the names of al-Miknāsī's father and grandfather. These are Abū Muḥammad °Abd Allāh b. Muḥammad al-Yafranī al-Miknāsī (d.856/1452),⁵ and Abū °Abd Allāh Muḥammad b. Aḥmad b.

°Abd al-Raḥmān al-Yafranī al-Miknāsī (d.818/1415).⁶ Secondly, the biography of °Abd al-Ḥaqq al-Maṣmūdī a student of al-Qāḍī al-Miknāsī shows that al-Maṣmūdī had his source of knowledge

³ Makhlūf, *Shajara*, I, 218; Ibn Zaydān, *Itḥāf*, v, 451; °Umar riḍā Kaḥḥālā, *Mu°jam al-mu'allifin*, (Damascus, al-Maktaba al-°Arabiyya, 1957-61), VII, 119., hereinafter: Kaḥḥālā, *Mu°jam*.

⁴ Ibn al-Qāḍī, *Durra*, I, 46; Ibn Zaydān, *Itḥāf*, IV, 503.

⁵ Ibid., III, 54 ; IV, 503.

⁶ Ibn al-Qāḍī, *Durra*, II, 284.

authenticated through al-Miknāsī's ancestors. It says that al-Maṣmūdī acquired his knowledge from Abū ʿAbd Allāh al-Yafranī al-Miknāsī, who acquired it from his father ʿAbd Allāh, who acquired it from his father Muḥammad, who acquired it from his father Aḥmad. This process of tracing teachers back to a prominent source, known as *Isnād*, was used to ascertain the legitimacy of a subject's education. This chain of narration clearly contains the names of al-Miknāsī's forefathers up to Aḥmad b. ʿAbd al-Raḥmān⁷

The lineage of al-Qāḍī al-Miknāsī

It is very likely that al-Qāḍī al-Miknāsī was descended from a Berber family since the Berbers dominated most of the North African regions up to his life time. This belief is backed up by his first *nisba* al-Yafranī which is mentioned in his biography. It is most probable that al-Yafranī is to be attributed to a Berber tribe called Banī Yafran which had settled in the northern part of Algeria from Tlemcen to Tahert and the Mountain of Rashīd, except for some who had settled around al-Qayrawān in Tunisia. This tribe is one of three which make up a branch of the larger tribe of Zanāta, the other two being Banī Maghrāwa and Miknāsa.⁸

⁷ Ibn al-Qāḍī, *Durra*, III, 160.

⁸ ʿAbd al-Raḥmān Ibn Khaldūn, *al-ʿIbar wa dīwān al-mubtadaʾa wa l-khabar* (Beirut, Dār al-Kutub al-ʿIlmiyya, 1992), VII, 13, 14., hereinafter: Ibn Khaldūn, *al-ʿIbar*.

Like the other Berber tribes, the people of Banī Yafran had constantly been engaged in disputes with other tribes as well as with the Fatimid rulers in the region in the tenth and eleventh centuries, for they were usually loyal to the Umayyad rulers in Andalusia.

Because of their constant hostility to the Fatimids they were driven out of Algeria by the Fatimid governor, Jawhar al-Ṣiqillī, in 347 /958 after a fierce battle which ended with the killing of their leader Yaʿlā b. Muḥammad al-Yafrānī.⁹

Soon after that, they reunited under the leadership of Yaddū b. Yaʿlā in the Moroccan territory which used to be called al-Maghrib al-Aqṣā¹⁰ where they seized the city of Fes from their cousins, Banī Maghrāwa and established themselves as a powerful rival tribe in the region. As the struggle for power went on between the two tribes for a long period of time, Banī Yafran dominated the area of Salā and Tādla in the western part of Morocco and established their own

⁹ Ibn Khaldūn, *al-ʿIbar*, VII, 21,22. Lisān al-Dīn Muḥammad b.al-Khaṭīb, *Taʾriḫ al-Maghrib al-ʿArabī fī ʿI-ʿaṣr al-wasīf*, part iii of *Aʿmāl al-aʿlām*, ed. al-ʿabbādī and al-kattānī, (Casablanca, Dār al-kitāb ,1964), 164-166., hereinafter: Ibn al-kaṭīb, *Taʾriḫ al-Maghrib al-ʿArabī*. Encyclopaedia of Islam, second edition, (Leiden E.J. Brill, 1960), s.v. Ifran, hereinafter: EI2.

¹⁰ Ibn Khaldūn, *al-ʿIbar*, VII, 22.

Abū 'l-Kamāl Ibn Zīrī Tamīm and his son Muḥammad after him until their regime was ended by the Almoravids in 462 /1069. They were never to regain power in the whole area of North Africa.¹¹ This is the tribe from whom it is believed al-Miknāsī is descended and from whom he gained his *nisba*, al-Yafranī.

As regards his second *nisba* al-Miknāsī, it is evident that he gained it from one of his ancestors, most likely his great grandfather Aḥmad b. °Abd al-Raḥmān who was known as al-Miknāsī. It is reported in *Durrat al-ḥijāl*, a biographical work, that Aḥmad b. °Abd al-Raḥmān spent some years in the city of Meknes studying under some scholars and when he went back to Fes he became known as al-Miknāsī.¹²

The place and date of al-Miknāsī's birth

From the information that we have already gathered about al-Miknāsī from various biographical works, we have no conclusive evidence which would enable us to define his birth place. However, we believe that he was born in the city of Fes. This view is based on the fact that his family lived in the city, his father, Abū Muḥammad °Abd Allāh b. Muḥammad al-Yafranī, being a well known *faqīh* in

¹¹ Ibn Khaldūn , *al-Iḥḥār*, VII, 26 ; Ibn al-Khaṭīb, *Ta'rikh al-Maghrib al-°Arabī*, 165,166 ; EI2, s.v. Ifran.

¹² Ibn al-Qāḍī , *Durra*, I, 46, 54.

Fes specialising in the Islamic inheritance law (*ʿilm al-farāʾid*), until he died in the same city in 856/1452.¹³ Further, al-Miknāsī's biographers may not have specifically mentioned his birth place because he was born, lived and died in Fes.

As to the date of his birth, it is generally agreed to be 839/1435,¹⁴ although one biographer has recorded it as being 835/1431.¹⁵

The upbringing of al-Qāḍī al-Miknāsī

The problem with this topic is that nothing is said in any of his biographies about his early life except one sentence which states that he was from a scholarly family¹⁶. There is no commentary on his early life, nor anything else which may shed some light on his early education. In the absence of such commentaries we will not be able to bring into light the actual picture about his upbringing. It can, however, safely be assumed that having a father who was a scholar of some repute in his area, and living in a city well known for its scholastic culture would have ensured that he was brought up to inherit his family's reputation and knowledge.

¹³ Ibn al-Qāḍī, *Durra*, III, 54.

¹⁴ Ibn Zaydān, *Iṭḥāf*, III, 599; Ibn al-Qāḍī, *Durra*, II, 146.

¹⁵ Makhlūf, *Shajara*, I, 275.

¹⁶ Ibn Zaydān, *Iṭḥāf*, iii, 599.

The history of the family of al-Miknāsī

Again, very little is written in the biographies concerning his family. What information exists indicates a scholastic family, specialising in Mālikī *fiqh* and particularly in *ʿilm al-farāʾid*. It is also known that they were well respected in their society, but there is no mention of any of them holding any official position, except al-Qāḍī al-Miknāsī himself, who was a judge for more than thirty years.

Fes, the home of al-Qāḍī al-Miknāsī

Whatever the conflict is between the stories associated with the events concerning the founding of Fes, the city was surely founded by the Idrisids at the beginning of their reign, 172/789, and was the base of their rule until the dynasty was ended by the Fatimids who took over in 313/921.¹⁷

From the beginning Fes had gained prominence among the North African cities, as it stands at the cross-roads which connect the coastal regions of the further Maghrib (Morocco) with the black African countries in the south and the central Maghrib (Algeria) in

¹⁷ Aḥmad b. Khālīd al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣāʾ li akhbār diwāl al-Maghrib al-aqṣā*, ed. Jaʿfar and Muḥammad al-Nāṣirī, (Casablanca, Dār al-Kitāb, 1954-56), I, 164., hereinafter: al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣāʾ*: EI2, s.v. *Fās*; Charles Andre Julien, *History of North Africa*, ed. C.C. Stewart, (London, 1970) 38,39., hereinafter: Julien, *North Africa*.

the east through the Sahara and the Atlas plains.¹⁸ More importantly, when the city was developed several hundred families who emigrated from Cordova and al-Qayrawān were settled there. In this way “ in a short time, Fes received an increment of people accustomed to urban Muslim life. Part of them, at least, were well-informed specialists either in the domain of culture or in that of handicraft techniques. It is probably because of them that Fes took on almost immediately its characteristic aspect of a Muslim city (*madīna*)”¹⁹ .

The city of Fes continued as an important city economically and politically through many reigns, from the Idrisids to the ʿAlawīs, and witnessed many bloody struggles for power during its long history. It also established itself as a seat of culture and learning renowned throughout the Islamic world, housing the great University of al-Qarawiyyīn which produced hundreds of scholars in many fields, particularly Islamic jurisprudence.²⁰

¹⁸ EI2, s.v. *Fās*, al-Nāṣirī, *al-Istiqṣāʾ*, I, 164. Roger Le Tourneau, *Fez in the age of the Merinids*, ed. Besse Clement, (University of Oklahoma Press, 1961), 3., hereinafter: Le Tourneau, *Fez*. Julien, *North Africa*, 40.

¹⁹ Le Tourneau, *Fez*, 8 ; Julien, *North Africa*

²⁰ Ibrāhīm ʿAlī Ḥasan, *Khālīdūn fī taʾrīkh al-Maghrib, al-Mawlā Idrīs*, (Casablanca, Dār al-Thaqāfa, 1985), 53,57., hereinafter: Ibrāhīm Ḥasan, *Khālīdūn*.

Concerning the religious atmosphere during the fourteenth century, "the city emits a sense of mass collective piety, but not through automatic, unthinking behaviour. Rather through the deliberate religious actions of the individual. This manifested in numerous ways, from polite manners to the decoration of conversation with Qur'ānic and Prophetic quotations, as well as devotion to the obligatory daily prayers. The piety displayed by the occupants of Fes seems free from extremes. It is striking in its evenness, continuity and tolerance."²¹

Al-Miknāsī's learning

Although his biographers have reported that he studied under two famous scholars in Fes and others whom they did not mention by name, they did not give any information about his formal education or about the subjects that he studied other than *fiqh*. If this kind of information was available, it would give the reader a better idea of about al-Miknāsī's learning background. However, as he was brought up in a scholarly family, in a scholarly city, we can deduce that he would have started his learning from an early age and that one of his early tutors would have been his father, a scholar and tutor in his own right. Again we can assume that al-Qāḍī al-Miknāsī acquired his education according to the method customary in his life time, which required him to start with memorising the Qur'ān, then

²¹Le Tourneau, *Fez*, 145,146.

Arabic grammar, then the *sharīʿa* sciences from which he began to specialise in *fiqh*. We are forced to assume this since there is very little in the way of commentary about his early life.

Concerning the names of his masters, we know only the two who were mentioned in his biography. The first is Muḥammad b. Qāsim b. Muḥammad al-Qawrī who died in 872/1467. He was a famous tutor and *mufī* in Fes during the life time of al-Qāḍī al-Miknāsī, and scholars from other cities used to consult him in *fiqh* as he was a specialist in the applied branches (*furūʿ*) of Mālīkī *fiqh*, notably cases in question (*nawāzil*).²²

The second is Muḥammad b. Muḥammad b. ʿIsā b. ʿAllāl al-Maṣmūdī the scholar and judge of Fes until he died in 885/1480. He was well known due to his level of scholarship, as well as his firmness and justice in his judicial career.²³

²² Shams al-Dīn Muḥammad b. ʿAbd al-Raḥmān al-Sakhāwī, *al-Dawʿ al-Iʿāmī li ahl al-qarn al-tāsiʿ*, (Cairo, Maktabat al-Qudusī, 1353/1934), VIII, 280., hereinafter: al-Sakhāwī, *al-Dawʿ al-Iʿāmī* Aḥmad Bābā, *Nayl*, 318 ; Ibn al-Qāḍī, *Durra*, II, 295. See end of chapter for further information regarding *furūʿ* and *nawāzil*

²³ Aḥmad Bābā, *Nayl*, 323.

As well as these two, it is highly likely that other scholars had a part to play in the education of al-Qāḍī al-Miknāsī during this early period, guiding him on the road towards his scholarship.

In regard to the educational environment in Fes where al-Miknāsī was educated, it was encouraging and competitive for students as well as for scholars. The lecture circles would run from dawn till after sunset in al-Qarawiyyīn and its institutes, which were the destination of students from many regions in north Africa and Andalusia.²⁴

Al-Qarawiyyīn the ancient institute

Al-Qarawiyyīn was established in 245/859. It was originally built as a mosque, but soon became an educational institute. After al-Qarawiyyīn had established itself as a centre of learning in the further Maghrib, it became a sanctuary for many scholars from inside and outside the region, especially those from Tlemcen, Qayrawān, and Cordova. Due to those scholars' erudition al-Qarawiyyīn became not only a prominent educational centre in

²⁴ °Abd al-Hādī al-Tāzī, *Jāmi' al-Qarawiyyīn*, (Beirut, Dār al-Kitāb al-Lubnānī, 1973), II, 413., hereinafter: al-Tāzī, *al-Qarawiyyīn*.

Morocco, but also one of the most famous institutes of knowledge in the Muslim world.²⁵

Throughout its long history, in view of its role in spreading knowledge, al-Qarawiyyīn had to accommodate a large number of students who had come from various regions. Therefore, it was extended many times and some *madrasas* (colleges) and libraries affiliated to al-Qarawiyyīn had to be constructed around the city of Fes. These were complete with lodgings for students who were not natives of Fes. "In principle these colleges offered a room to each student and in certain ones, more than a hundred rooms were constructed".²⁶ In addition to the state subsidies, al-Qarawiyyīn and its *madrasas* had been richly endowed at the outset, which allowed it to provide most students with supplies and clothing for seven years, which appears to have been the graduation period.²⁷ Most of these *madrasas* and libraries were assembled by the Merinid rulers (647/1250-869/1464) who endeavoured to ensure that the university would reach the peak of its glory during their reign. Also, they

²⁵ Muḥammad al-Muntaṣir al-Kattānī, *Fās ʿāsimatu l-adʿarisa*, Beirut, 1972), 40., hereinafter: al-Kattānī, *Fās*. EI2, s.v. *al-Qarawiyyīn*.

²⁶ Le Tourneau, *Fez*, 124 ; EI2, s.v. *al-Qarawiyyīn*.

²⁷ Le Tourneau, *Fez*, 125.

wished to give the Mālikī school the chance to re-establish itself after being suppressed under the Almohad empire.²⁸

As a centre of learning, many different sciences were taught at al-Qarawiyyīn besides the Arabic language and *sharīʿa* sciences. Teaching circles were held in philosophy, history, maths, medicine, astronomy and geometry. As well as this, al-Qarawiyyīn had a system of professorial chairs occupied by eminent scholars in many sciences, especially *sharīʿa* and Arabic grammar, and which received ample funding.²⁹

Over the many centuries it has been in existence, al-Qarawiyyīn has played a unique role in producing large numbers of elite intellectuals among whom were the sovereigns and statesmen of the dynasties which ruled the Maghrib, besides erudite scholars whose great efforts served to help establish the knowledge of Islam throughout the north African regions.³⁰

²⁸ Al- Kattānī, *Fās*, 60,66 ; °Abd Allāh °Alī °Allām, *al-Dawla al-Muwaḥḥidiyya*, (Cairo, Dār al-Ma°arīf ,1971), 292., hereinafter: °Allām, *al-Dawla al-Muwaḥḥidiyya* Al-Ḥasan al-Sā'ih, *al-Ḥaḍāra al-Maghribiyya °abr al-ta'rikh*, (Casablanca, Dār al-Thaqāfa, 1975), 178., hereinafter: al-Sā'ih, *Ḥaḍāra . al-Tāzī, al-Qarawiyyīn*, II, 371.

²⁹ Al-Kattānī, *Fās*, 54, 55, 56.

³⁰ Ibid. , 67.

The Scholarly Life of al-Qāḍī al-Miknāsī

Although the most prominent part of the life of al-Qāḍī al-Miknāsī (over thirty years) was spent as a judge, he also had a successful career as a teacher in al-Qarawiyyīn where he had his *majlis* (lecture circle) for many years and taught many students in various subjects.

This can be seen from the following sources: Firstly, °Abd al-Hādī al-Tāzī in his work *Jāmi° al-Qarawiyyīn* has named al-Qāḍī al-Miknāsī as one of the eminent scholars of al-Qarawiyyīn.³¹

Secondly, Abū °l-Ḥasan °Ali b. Maymūn al-Ghimārī (d.917/1511) a student of al-Qāḍī al-Miknāsī, has mentioned in his work *al-Risāla al-mujāza* that he had been to al-Miknāsī's *majlis* and studied under him various subjects, such as °ilm al-farā'id, law of documentation (°ilm al-tawthīq) and ḥadīth³². Such information shows that he had a teaching career besides his judicial vocation, otherwise his name would not have been mentioned among the scholars of al-Qarawiyyīn, especially since teaching at the learning centre was competitive and one could not join the faculty unless deemed to be of the utmost competence.

³¹ Al-Tāzī, *al-Qarawiyyīn*, II 506.

³² Al-Ghimārī, *al-Risāla*, a manuscript copy included in al-Tāzī's work *Jāmi° al-Qarawiyyīn*, II, 599.

From the biographies of him we can also see that al-Miknāsī was regarded as one of the senior scholars of Mālikī *fiqh*, especially in *naw āzil*, since he was described as being well acquainted with *naw āzil*. Such a claim is backed up by his book, *al-Tanbīh wa'l-ī'ān*, that is being edited here, which contains hundreds of legal cases and their rulings in various sections of the *furū'* of Mālikī *fiqh* covering a broad area of personal and interpersonal issues. In addition to this, he was described as *al-faraḍī* and *al-ḥis ābī*³³. That is to say he was well versed in *ilm al-far ā'id* and mathematics, i.e., was known for his skill of defining the heirs' share of an inheritance according to Islamic Law. From the information that is cited above, one can gather that al-Qāḍī al-Miknāsī was an active teacher besides his judicial career.

The contemporaries of al-Qāḍī al-Miknāsī

As we have seen, al-Qāḍī al-Miknāsī lived in the city of Fes, which had been a seat of knowledge for many centuries. As befitting a place with such a history, al-Qāḍī al-Miknāsī's era was graced with scholars who could be regarded as his contemporaries. Two among these were particularly prominent. They are Aḥmad b. Yaḥyā al-

³³ Ibn Zaydān, *Itḥāf*, III, 599; Aḥmad Bābā, *Nayl*, 333. Muḥammad b. Ja'far b. Idris al-

Kattānī, *Salwat al-anfās wa muḥādathat al-akyās bi man uqbira min al-ulam ā'ī wa 'l-sulāḥ ā'ī bi fās*, (Rabat, Maṭba'at al-Mu'allim, 1310/1892), II, 81., hereinafter: al-Kattānī, *Salwa*.

Wansharīsī (d.914/ 1508), and Muḥammad b. Aḥmad b. Ghāzī al-Miknāsī (d.919/1513).

As to the latter, his *nisba* is not an indication of blood ties with al-Qāḍī al-Miknāsī. However he was from the city of Meknes where he was born and lived until he moved to Fes. He also acquired his education in Meknes where he studied under some eminent scholars among whom was the jurist Abū °Abd Allāh Muḥammad al-Qawrī, the teacher of al-Qāḍī al-Miknāsī.

Because of his great knowledge, Ibn Ghāzī was cordially invited to the city of Fes in 891/1486 by the sultan Abū °Abd Allāh Muḥammad al-Shaykh al-Waṭṭāsī, and appointed as the orator of the great mosque (*al-masjid al-kabīr*) in the new part of Fes (*Fās al-jadīd*). After some time he became the *imām* and the orator of al-Qarawiyyīn. He found favour with the sultan and became one of his *majlis* attendants together with al-Qāḍī al-Miknāsī. All the biographers of Ibn Ghāzī agreed that he was a learned scholar and one of the recognised teachers of al-Qarawiyyīn. The biographer Aḥmad Bābā described him as the *imām* and the writer of many valuable works in various subjects including *fiqh*, such as *Takmil al-taqyīd* a commentary on *al-Mudawwana*.³⁴

³⁴ Al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣā'*, IV, 124 ; Aḥmad Bābā *Nayl*, 333.

With regard to the scholar Aḥmad al-Wansharīsī, he was born in the village of Wansharīs in the north-western part of Algeria but grew up and was educated in Tlemcen where he became well known for his knowledge and for his courage in speaking his mind, especially on religious matters, regardless of the consequences. Since the authorities did not escape his criticism, his outspoken nature cost him dearly. He had his property plundered and confiscated by the agents of the authorities in Tlemcen. They destroyed his books and pursued him till he fled to Fes where "he was well received and warmly welcomed with all the respect due to a scholar of his standing".³⁵

Al-Wansharīsī was a competent scholar not only in *fiqh* but also in other subjects. "He was most conversant with various types of knowledge; his research into every matter was absolutely thorough and whether in speech or writing, his style was of impeccable purity. In addition to his knowledge, al-Wansharīsī was also a man of exemplary humbleness and modesty. Thus despite his fame and age when he first arrived in Fes, he attended al-Qādī al-Miknāsī's circle of teaching for some time before retiring to his library to compose his masterpiece the *Mi^cyār*".³⁶

³⁵ Aḥmad Bābā, *Nayl*, 87. Aḥmad b. Yaḥyā al-Wansharīsī, *Īdāh al-Masālik*, ed. al-Ṣādiq al-Ghiryānī, (University of Exeter, Faculty of Arts, 1984), 17., hereinafter: al-Wansharīsī, *Īdāh*.

³⁶ Al-Wansharīsī, *Īdāh*, 24.

The Standing of al-Qāḍī al-Miknāsī

As a member of a scholarly and respected family, al-Miknāsī had to live up to his family's reputation rather than simply wear it. All of al-Miknāsī's biographies concur that he did live up to this reputation academically and socially. It is clear that he established himself as a scholar in his own right. He achieved his standing among his contemporaries and in society through his socially respected positions of judge and teacher. He is also reputed by a number of his biographers to have been of a conscientious nature.³⁷

He became well known to the authorities and the public at large due to the marked cautiousness and seriousness with which he treated his judicial responsibilities. This attitude is apparent in his work *al-Tanbīh wa 'l-i'ṭām* in which he expressed his anxiety at the consequences in the Hereafter if he failed in administering justice as it should be administered, according to the *sharī'a* rules. Al-Miknāsī's biographers agree that he applied himself to his judicial responsibilities for more than thirty years, and maintained a standard.³⁸

³⁷ Ibn Zaydān, *Itihāf*, III, 599 ; Aḥmad Bābā, *Nayl*, 333 ; Makhlūf, *Shajara*, 275; al-Kattānī, *Salwa*, II, 81.

³⁸ Muḥammad b. al-Ḥasan d-Ḥajawī al-Fāsī, *al-Fikr al-sāmī fī ta'rīkh al-fiqh al-Islāmī*, (al-Madīna al-Munawwara , al-Maktaba al-ʿIlmiyya, 1976), II, 265., hereinafter: al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*. See beginning of the Arabic text.

The Students of al-Qāḍī al-Miknāsī

Among those whom al-Qāḍī al-Miknāsī taught it is possible to trace the following names:

- 1- °Alī b. Mūsā b. Hārūn al-Maṭṭaghī (d.951/1544). He was the chief *muftī* of Fes and the orator of al-Qarawiyyīn.³⁹
- 2- °Abd al-Ḥaqq al-Maṣmūdī Abū Muḥammad, who was described as *al-Farādī*, a specialist in *ʿilm al-farāʾid* (d.955/1548).⁴⁰
- 3- Aḥmad b. Yaḥyā al-Wansharīsī (d.914/1508). Having begun his scholarly in Tlemcen, he studied under al-Miknāsī for sometime after his emigration to Fes. He is the author of the *Miʿyār*, one of the famous collections of *nawāzil* produced by Mālikī scholars at the time.⁴¹
- 4- °Abd al-Wāḥid b. Aḥmad b. Yaḥyā al-Wansharīsī the son of the above-mentioned (d.955/1548). He had the position of judge and *muftī* in Fes for many years, also he succeeded his father in his

³⁹ Aḥmad Bābā, *Nayl*, 212, 213.

⁴⁰ Ibn al-Qāḍī, *Durra*, III, 160.

⁴¹ Aḥmad Bābā, *Nayl*, 87.

professorial chair at al-Qarawiyyīn. He was prominent in various branches of knowledge especially *fiqh*, philology and rhetoric.⁴²

These are only a few names of the students who studied under al-Qāḍī al-Miknāsī as mentioned in his biographies.

The works of al-Qāḍī al-Miknāsī

Any scholar like al-Qāḍī al-Miknāsī who practised jurisprudence for many years as a teacher, a judge, and *muftī* would have produced some work in his field as a result of his long experience.

In the case of al-Qāḍī al-Miknāsī, it has been reported in his biographies that he composed a number of works, of which three were *al-Tanbīh wa'l-i'ṭām fī mustafādi 'l-quḍāti wa'l-ḥukkām* which is being edited here, *Majālis al-quḍāti wa'l-ḥukkām fī 'l-aḥkām* and *al-Tanbīh wa'l-i'ṭām fīmā aḥtāj ilayhi 'l-muftī wa-ḥakama bihi 'l-quḍat min al-aḥkām*.⁴³ This variety of titles is most probably the result of confusion brought about by the copyists, who transcribed the text at different periods in time, as all three titles are in fact the same work.

⁴² Aḥmad Bābā, *Nayl*, 188.

⁴³ Ibn Zaydān, *Itḥāf*, III, 599; °Abd al-°azīz b. Muḥammad Bin°abdillāh, *Ma°lamat al-fiqh al-Mālīkī*, (Beirut, Dār al-Gharb al-Islāmī, 1983), 171., hereinafter: Bin°abdillāh, *Ma°lama*. Makhlūf, *Shajara*, 275.

The biographers have also attributed another work to al-Qāḍī al-Miknāsī, entitled *al-Taḡyīd ʿala 'l-ḥūfiyya* a commentary on a text of *ʿilm al-farāʾid*. Again al-Miknāsī himself had made mention in his work *al-Tanbīh wa'l-iʿlām* that he had composed a condensed work regarding the law of sale (*aḥkām al-bayʿ*).⁴⁴ However, having made every effort to trace back these works, we were unable to locate any of them in the catalogues of either the ms. or of the printed works. Also, we have not come across any other works belonging to al-Qāḍī al-Miknāsī in any of the available sources that we have consulted. Accordingly, we believe that the only work available which can be attributed to al-Qāḍī al-Miknāsī is *al-Tanbīh wa'l-iʿlām fī mustafāḍi 'l-quḍātī wa'l-ḥukkām*, which is being edited here.

The Judicial Career of al-Qāḍī al-Miknāsī

Al-Miknāsī started his judicial career at the age of forty-six, when he was constituted as a judge on the thirteenth of Shawwāl 885/1480, succeeding his teacher al-Qāḍī Muḥammad al-Maṣmūdī who died on the thirteenth of Ramaḍān in the same year.⁴⁵ He was made *qāḍī*

⁴⁴ Makhlūf, *Shajara*, 275 ; Ibn Zaydān, *Itḥāf*, III, 599 ; al-Kattānī, *Salwa*, II, 81.

⁴⁵ Ibn al-Qāḍī, *Durra*, II, 138.

of Fes, before he became chief *q āḍī* (*q āḍī 'l-jam ā'a*), a position which secured him a high level of responsibility.

As was the system at this time, *q āḍī 'l-jam ā'a* was responsible for promoting justice in conformity with the *sharī'a* rules and representing Islamic Law in general as a censor of morals in society. He also had authority to control and look after the pious foundations in the city. At the same time he was the principal of al-Qarawiyyīn University as was the tradition before. To be able to undertake these tasks he had to have under his orders, besides a number of deputy judges, a considerable number of civil servants.⁴⁶

It might have been an honour for al-Qāḍī al-Miknāsī to be a judge, but few scholars would have been confident of their ability to dispense justice in line with the *sharī'a* rules while remaining uninfluenced by the authorities or people of high social standing. Many Muslim judges fell victims to the temptation of making exceptions for the rich and powerful.

One might ask what kind of judge al-Qāḍī al-Miknāsī was. In his biographies he is highly praised and none propose any evidence that would undermine this reputation. The biographer Muḥammad al-Ḥajawī described him in *al-Fīkr al-s āmī* as the *im ām* who had

⁴⁶ Le Tourneau, *Fez*, 138.

maintained his position as judge of Fes for over thirty years because of his upright nature and competence,⁴⁷ and the biographer Muḥammad Makhlūf commended the qualities of al-Qāḍī al-Miknāsī, describing him in *Shajarat al-nūr* as an upright judge.⁴⁸

In regard to his relation with the sovereign, al-Qāḍī al-Miknāsī as a judge served under two sultans, Abū ʿAbd Allāh Muḥammad al-Shaykh b. Abī Zakariyyā al-Waṭṭāsī (d. 910/1504) and his son, Muḥammad al-Burtughālī who died in 932/1525. He was appointed as judge by the first in 885/1480 and was endorsed in his position by the second when he took over after his father's death. Apparently al-Miknāsī had enjoyed their favour and was on good terms with them until he died.

The Background of al-Qāḍī al-Miknāsī

From what has already been said, one can conclude that he had a comprehensive background gained from spending his life in Fes, a city known for its culture of knowledge. He also led three successful careers, as a teacher, judge and *mufī* as well as his close contacts with the authorities until he died at the age of seventy-eight.

⁴⁷ Al-Hajawī, *al-Fikr al-sāmi*, II 245.

⁴⁸ Makhlūf, *Shajara*, 275.

Accordingly we would like to highlight the following three issues: his political interest, his knowledge and his careers. With regard to the first of these, we do not have any conclusive proof that he was involved with politics. However, the political environment during al-Miknāsī's life time was volatile, and people in Fes, especially the intellectuals, must have had some involvement in political events to some extent or another.

Al-Miknāsī inhabited the same space as the other residents of Fes, and as such is likely to have been involved in the major political events of the day. These perhaps include the public revolt (869/1464) led by the scholar and orator of al-Qarawiyyīn Abū Fāris °Abd al-°Azīz al-Wiryāghlī (d.880/1475) which led to the killing of the sultan Abū Muḥammad °Abd al-Ḥaqq b. Abī Sa°īd °Uthmān and brought about the end of the reign of Banī °Abd al-Ḥaqq al-Marīnī the first.⁴⁹

As to his standard of knowledge, al-Qāḍī al-Miknāsī was known as a scholar and was well acquainted with the *furū*^c of Mālīkī *fiqh* especially the *nawāzil*. This can be backed by his work *al-Tanbīh wa 'l-i'ālām* which became a source for both students and judges for many centuries as has been reported in his biographies. The book

⁴⁹ Ibn al-Qāḍī, *Durra*, III, 127; Aḥmad Bābā, *Nayl*, 182; al-Nāṣirī, *al-Istiṣṣā'*, IV, 99.

also defines al-Miknāsī's erudition in the field of *furū'*. In addition, he was also accomplished in other areas such as *ḥadīth*, *ʿilm al-farā'id*, *ʿilm al-tawthīq* and mathematics.

Al-Miknāsī's professional life was divided into three areas. First, as a teacher in al-Qarawiyyīn, where he spent many years teaching, and taught a great many students, some of whom have been mentioned above. His second job started in 885/1480, when he was appointed judge of Fes and chief of justice (*qāḍī l-jamā'a*), as mentioned above. He remained in this position of authority for the rest of his life. The third post held by al-Miknāsī was *muftī* of Fes. This post he gained after the death of Abū Mahdī ʿIsā b. Aḥmad al-Māwāsī, the previous *muftī*, who died in 896/1490. Again, al-Miknāsī held this position until his death.⁵⁰

Al-Miknāsī's Death

The biographers Muḥammad b. Jaʿfar al-Kattānī and Aḥmad b. al-Qāḍī in their biographical works report that al-Qāḍī al-Miknāsī died in Fes after he had returned from the expedition of Tangier,⁵¹ which shows that despite his age, al-Miknāsī was ready as other scholars had been to go on such expeditions either for the purpose of

⁵⁰ Ibn al-Qāḍī, *Laqṭ al-farā'id*, 272.

⁵¹ Al-Kattānī, *Salwa*, II, 81 ; Ibn al-Qāḍī, *Durra*, II, 146.

fighting invaders or guarding strategic places (*rib āt*). This was first to fulfil their religious duty to defend the country and secondly to encourage the fighters against the Portuguese occupation. While he was away al-Miknāsī fell ill and returned to Fes where he soon died. He was seventy-eight years old. Biographers recorded his death as 917/1511,⁵² and he was buried in al-Kaghādīr graveyard in Fes.⁵³

The office of qādī in al-Miknāsī's time

During the life of al-Miknāsī power struggles and corruption among the political authorities hindered the government on the one hand, while persistent attacks by Spanish and Portuguese forces threatened security on the other. Despite this situation the judicial administration still existed and functioned, actively applying justice in conformity with the *sharī'a*.

As was the system in Muslim states the sultan or emir in their sovereign was the holder of all power, including judicial functions in which he engaged himself personally. It was his custom to hold audiences every week to settle any act of injustice (*maz ālim*). But the main task of the judicial powers had to be delegated to a *q ādī*, a person who was appointed by the sultan or emir as his delegate to

⁵² Al-Kattānī, *Salwa*, II, 81; Ibn Zaydān, *Ith āf*, III, 599; Makhlūf, *Shajara*, 275; Ibn al-Qādī, *Durra*, II, 146.

⁵³ al-Kattānī, *Salwa*, II, 81.

administer justice among the community. Nonetheless, the *q ādī*'s position remained a religious appointment which gained its legitimacy directly from the *sharī'a*, which secured the *q ādī* a great degree of discretion. Therefore, "in all cases the *q ādī* retains the power to do justice in person" without referring to any other authority except the *sharī'a* source. "Thus he carried out not the orders of the sovereign but the decrees of God himself. ... relying upon the text of the Qur'ān, and all the jurisprudence which had little by little accrued to this text".⁵⁴

Since the *q ādī* is the key figure of the judicial system, he had to be a person with formal qualifications regarding *sharī'a* law, entitling him to serve the cause of justice. Therefore, the sultan who appoints the *q ādī* was bound to choose him from among the scholars capable of applying the *sharī'a*, although, this naturally would not prevent him from appointing one sympathetic to his interests.⁵⁵

With regard to the *q ādī*'s wide reaching authority, it is essential besides his knowledge of *fiqh*, to be a person of a high moral character. Hence from this standpoint, "if he combined a thorough knowledge of the *sharī'a* law and good portion of fairness, he could

⁵⁴ Le Tourneau, *Fez*, 37; Maurice Gaudet-Demombynes, *Muslim institutions*, ed. John P. Macgregor, (London, 1961), 148., hereinafter: Demombynes, *Muslim institutions*.

⁵⁵ Bernard G. Weiss and Arnold H. Green, *A Survey of Arab History*, (Cairo, American University Press, 1985), 263., hereinafter: Weiss, *Survey*.

make harmony reign in the country; if he did not, he appeared as a factor of disorder and demoralisation".⁵⁶

However, the *q ādī*'s time was by no means solely devoted to listening to and settling disputes. On the contrary, his competence extended far beyond this, especially that of the supreme judge *q ādī 'l-jam ā'a*, whose office conferred upon him wide-ranging responsibilities. The *q ādī* was "competent to decide any of the questions affecting the life of the community that may have been dealt with by the *sharī'a*", for instance marriage, divorce, the control of the property of a missing person, the care of orphans, the foundling, inheritance, contracts of various kinds and the punishment of criminals. Indeed, the *q ādī*'s "power to dispose goes further than that of the guardian, and even the father. He is in general the guardian of those who have no other guardian".⁵⁷

The *q ādī*'s competence also included "control of the pious foundations, which seem to have been considerable in number from the Merinid period on", furthermore, he was in charge of public

⁵⁶ Le Tourneau, *Fez*, 37,

⁵⁷ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (Oxford, 1964), 188., hereinafter: Schacht, *Introduction*, Demombynes, *Muslim institutions*, 148.

welfare in general, e.g., observing the market and preventing speculation on rising prices of food-stuff.⁵⁸

Moreover, in his role of principal representative of *sharī'a* law, the *q ādī* traditionally supervised orthodox intellectual life. Even a learning centres such as al-Qarawiyyīn was under his supervision. Hence with all this responsibility it was necessary for the *q ādī* to have under his orders, a sufficient number of subordinates especially in large cities such as Fes and Marrakesh, where the community was larger and a grater range of judicial tasks had to be carried out. Vast number of special *q ādīs* were among those who served justice under the supervision of the chief *q ādī* in big towns and in the country side e.g., *q ādī 'l- 'askar* a judge who administered justice in the army sector and other judges who administered justice in the rural areas *q ādī 'l-kuwar*.⁵⁹

Taking into account such broad responsibilities, one can see how important the *q ādī's* role was to both the sovereign and the public. Yet rather than taking advantage of this authority, there was no

⁵⁸ Schacht, *Introduction*, 188 ; Le Tourneau, *Fez* , 38.

⁵⁹ Abū 'l-Walīd Muḥammad b. Aḥmad b. Rushd, *Fat āw ā Ibn Rushd* ed. al-Mukhtār al-Tillīlī, (Beirut, Dār al-Gharb al-Islāmī, 1987), iii, 1361., hereinafter: Ibn Rushd, *Fat āw ā* Le Tourneau, *Fez* , 38.

example under the Merinids of a *q āḍī*'s having tried to use his influence to play a larger role.⁶⁰

However, from time to time there was a price to pay for this sincerity in office. If the *q āḍī* and a political authority who were open to corruption clashed, it was the *q āḍī* who suffered dismissal if not execution. Such as *al-q āḍī* Abū Muḥammad °Abd al-Raḥīm al-Yaznāsī who was killed by the vizier Ṣālīḥ b. Ṣālīḥ b. Ḥammū in (834/1430) after a dispute between the two. Also *al-q āḍī* Abū °Abd Allāh Muḥammad al-Maṣmūdī, who was dismissed in (863/1458) by the vizier Yaḥyā b. Yaḥyā b. °Umar al-Waṭṭāsī as soon as the latter came into power because he disliked the judge⁶¹

A brief sketch of *fiqh* literature in the Mālikī school

The literature of *fiqh* includes both the legal rules which come under the 'applied branches' (*fur ū*°), and their principles or 'theoretical roots' (*uṣ ūl*). Theoretical roots are mainly represented in four official sources; the Qur' ān, Prophetic *ḥadīth*, consensus (*ijm ā*°), and analogy (*qiy ās*). Nevertheless, some *fiqh* schools have included in their legal theory other additional sources, such as the practice of the people of Medina (°*amal ahl al-Madīna*), public interest (*maṣlaḥa* or *istiṣl āḥ*) and preference (*istiḥs ān*). All the Sunnī schools of

⁶⁰ Le Tourneau, *Fez*, 38.

⁶¹ Al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣ ā*°, iv, 96,97.

Islamic jurisprudence regard the Qur'ān and Prophetic *ḥadīth* as the primary sources of the *furūʿ*. Beyond this however, there are differences between them. For example, the Ḥanafī school rely heavily on the method of reasoning by analogy (*qiyās*), whereas the Mālikī school looked to the practice of the people of Medina *ʿamal ahl al-Madīna* and favour this above *qiyās*.⁶²

The literature of *furūʿ* in relation to *fiqh* appears to be the same in all the schools of Islamic jurisprudence, in that “all the major works of this genre have the same basic structure, offering a network of rules roughly grouped into topics”. For example while one group of rules deals with acts of worship (*ʿibādāt*), another deals with interpersonal acts (*muʿāmalāt*) and so on.⁶³ However, there are some differences between these schools regarding the method by which they deal with legal issues which form the *furūʿ*. For example, scholars of the Ḥanafī school are inclined to “construct a doctrine based upon theoretical solutions for hypothetical problems”, whereas, the Mālikī school usually deals with actual cases, and has done so since the time of its founder Mālik b. Anas. As such a considerable number of *furūʿ* works in Mālikī *fiqh*, especially in western Islamic regions, consist of collections of specific cases

⁶² Shaʿbān Ismāʿīl, *Tashrīʿ*, 249; Schacht, *Introduction*, 44; Al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, I, 388. Noel James Coulson, *A History of Islamic Law*, (Edinburgh University press, 1964), 76., hereinafter: Coulson, *A History*.

⁶³ EI2, s. v. *sharīʿa*.

(*naw āzil*) accompanied by their solutions, such as the *Miʿy ār* of al-Wansharīsī among many others which remain in manuscript form.⁶⁴

Naw āzil the plural of *n āzila* (meaning specific cases or cases in question), is the term used to distinguish juridical cases which are based on real events from 'hypothetical cases constructed for scholastic purposes' on one hand, and on the other hand to define the case itself excluding the solution given to the case, whether it is a legal opinion (*fatw ā*) or qāḍī's decision (*ḥukm*). Nevertheless, the term *naw āzil* has commonly been used as an equivalent of *fat āw ā*, though strictly speaking they are distinct. "As often happens in Arabic, several terms are used side by side to express a single concept without one being able to discern nuances of meaning amongst them, since their terminology is so shifting ... so that *n āzila* and *fatw ā* end up being employed interchangeably".⁶⁵

A further area in which the Mālikī school at large had developed beyond the other schools of *fiqh* is the employment of the source of practice (*ʿamal*). From the very beginning "the concept of *ʿamal* had been prominent in the theory of the ancient school of Medina, and the practice of Medina continued to play a part in the legal

⁶⁴ EI2, s. v. *n āzila*.

⁶⁵ EI2, s. v. *n āzila*.

theory of the Mālikī school”.⁶⁶ In the course of time this was extended in turn to enable the later generations of the Mālikī school to continue using the *‘amal* of their predecessors as a developing source from which they could derive new rules for new cases. In its evolution *‘amal* developed characteristically in different centres in the Islamic west, giving rise to definitions such as *‘amal* al-Qayrawān, *‘amal* al-Andalus, and *al-‘amal* al-Fāsī.⁶⁷

Like its predecessor in Medina, the latter Mālikī *fiqh* in western Islamic regions had also shown a remarkable development regarding the concept of *‘amal*. “In the later middle ages, when Morocco had become the most active centre of the Mālikī school where it developed in relative isolation, a number of features became prominent there which were not shared by the other schools, and not even by Mālikī doctrine in other countries. Most of these features fall under the heading of judicial practice (*‘amal*)”.⁶⁸

As *‘amal* became an acknowledged part of *fiqh* literature especially in western Islamic regions the later Mālikī school in Morocco took greater account of local customs and traditions than other schools of *fiqh*. Regional customs were taken into consideration in legal matters

⁶⁶ Schacht, *Introduction*, 61; see also al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmi*, I, 388 ;.

⁶⁷ Al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmi*, II, 405, 406.

⁶⁸ Schacht, *Introduction*, 61

without compromising the principles of *fiqh*. Judicial practice was maintained by later Mālikī school in Morocco, which found a place for prevailing conditions in its society which would have been forbidden under strict Mālikī doctrine. "This western Mālikī *ʿamal* is not customary law; it is an alternative doctrine valid as long as it is felt advisable to bring custom within the orbit of the *sharīʿa*, and it mirrors, on a different plane, its predecessor, the *ʿamal* of Medina".⁶⁹

In order to uphold what has been said by Schacht concerning development of *ʿamal* in Mālikī *fiqh* in Morocco, we would like to shed light on some cases that al-Miknāsī has included in his work being edited here. To emphasize the role of *ʿamal* in Mālikī *fiqh*, at the beginning of his text (page 8) al-Miknāsī states that one of the qualities of a good *q ādī* is an awareness of preceding judicial practice (*ʿamal*) in order to be able to reach a fair practical judgment, indicating that *ʿamal* is one of those *fiqh* sources from which a *q ādī* can derive rulings to apply to the cases he has to deal with. It may be of use to note here that *ʿamal* or *m ā jar ā ʿalayhi al-ʿamal*, which is a common phrase amongst the Moroccan *q ādīs* at al-Miknāsī's time, is related to any preceding practice whether it was performed by a *q ādī* or *muftī*, i.e. court ruling or legal opinion.

⁶⁹ Schacht, *Introduction*, 61,62.

There are a large number of cases included in al-Miknāsī's text in which *ʿamal* prevailed. We will present some examples of these cases in the following order:

Firstly, are cases in which rulings were reached based on a judicial practice or legal opinion which was believed to have been serving people's interests more appropriate than others. For example, a case (page 39) in which a husband and wife agreed that the marriage contract had taken place but they argued about the exact figure of *mahr*, each one claiming a different figure (see below for the Māliki position on dower). In this case the husband had to present his evidence to prove his claim against his wife and bind her to the marriage contract. In the event that he is unable to prove his case, the woman should take an oath disclaiming his allegation, after which the husband has the choice of whether to agree to her claim and consummate the marriage or to disclaim it by taking an oath. After this point al-Miknāsī recorded some different juristic opinions and singled out the one which *q ādīs* had adopted as a practice because it gave the couple a choice over whether to agree and consummate the marriage or accept the *q ādīs* verdict which would be to nullify the marriage contract as a result of the couple's disagreement. The other major opinion given by Saḥnūn does not give the couple the choice to come to an agreement over their dispute, and the *q ādī* must nullify their marriage immediately after their oath as in the situation of *li^c ān*

(page 75). The clear implication here is that, in the second opinion, the *qāḍī's* decision is not influenced by the *maṣlaḥa* of the couple involved as in the first opinion, where the couple is given the chance to reconcile.

At the beginning of the fourth *majlis* in the text (page 20) during his discussion of court procedures, al-Miknāsī cited that if a litigant was absent during a court hearing while a witness testimony was delivered against them, as soon as they attend the court they have the right to be informed of all details regarding the lawsuit including the testimony given in their absence. If the litigant requests to hear the witness again, which is known as (*istifṣāl*), the *qāḍī* would not grant him this request unless the *qāḍī* doubted the validity of the testimony in question. This was to prevent repeated calling of witnesses which could deter them from coming forward in future. In the text al-Miknāsī also said that this was the practice in court until the time of *al-qāḍī al-Fishtālī* (d.777/1376) when he adopted in his court sessions the practice of complying with the litigant's request to have another hearing of the witnesses testimony which became the judicial practice in the Maghrib from then on. The latter opinion is more appropriate to the litigant's interest and constitutes a situation where the judicial practice changed due to the principle of *maṣlaḥa*.

Secondly, are cases whereby rulings are based on an exceptional judicial practice or legal opinion that has taken into account a given unavoidable reality. For example the case of *al-Khammās* (page 271, Arabic text), which to this day is still common in north-west Africa. This is an agricultural contract between a land owner and a labourer in which the owner provides the land and the means of production for its cultivation, and the labourer commits himself to working the land until the end of the season. For this service the worker receives an agreed portion of the harvest as a wage⁷⁰. This is a controversial case amongst Mālikī scholars who disagreed as to whether this agreement should be classed as a partnership or a lease agreement. This controversy is traced back to two early legal opinions by Ibn al-Qāsim, the student of Mālik, and Saḥnūn (d.240/854) the prominent jurist and *qāḍī* of Tunisia. The latter regarded it as a lawful partnership. However, the former defined it as an unlawful lease since the agreement is based on an uncertain wage which constitutes a situation of *gharar*⁷¹.

With regard to the discussion about *khammāsa* agreements included in the text, al-Miknāsī reports a debate about the issue among Mālikī

⁷⁰ Aḥmad b. Yaḥyā al-Wansharīsī, *al-Miʿyār al-muʿrib wa l-jāmiʿ al-mughrib ʿan fatāwā ahl Ifrīqiya wa l-Andalus wa l-Maghrib*, (Rabat, Ministry of Culture, 1981-83), viii, 154., hereinafter: al-Wansharīsī, *Miʿyār*.

⁷¹ Al-Wansharīsī, *Miʿyār*; viii, 151.

jurists. For example, al-Burzulī (d.841/1438) reports on the authority of ibn Shu^cayb (d.729/1329), the opinion that *khamm āsa* is not a partnership but a lease agreement which yields an unknown wage for the labourer and is therefore unlawful. al-Burzulī goes on to explain that his tutor abū Muḥammad al-Shabībī (d.782/1380) used to permit the practice of *khamm āsa* in Tunisia where the practice had become common and had remained so until al-Burzulī became a *mufī* and disallowed it based on the *fatw ā* of ibn Shu^cayb mentioned above. Al-Burzulī then reports on the authority of his tutor abū Muḥammad al-Shibībī that the jurist al-Rammāḥ argued that if the labourer receives an extra allowance from the land owner (e.g. clothes, food) which is not included in the initial agreement then the case is subject to two contradictory legal opinions, one allowing the agreement and the other disallowing it. Al-Rammāḥ held the latter opinion.

Another opinion related by al-Miknāsī is that of abū ʿAlī al-Qawrī who disallowed the practice of *khammāsa* unless it was in the form of a partnership in which the labourer would be granted a share of the harvest that was proportional to his contribution and that the land owner did not have the right to stipulate which crops the labourer could or could not take as part of his wage.

This discussion has indicated that the people's practice of *khammāsa* was not in line with the Māliki *fiqh* rules and conditions in some cases especially when the labourer is excluded from getting his share from whatever comes out of the harvest, or being ordered to do some extra work for the benefit of the owner or any thing else which is not related to the farming agreement. However, it was permitted by many Māliki jurists either *q ādīs* or *muftis* such as ʿĪsā b. Dīnār and Abū Muḥammad al-Shabībī as it was a widespread custom and the method of cultivating lands among the agricultural societies in north-west Africa. The practice was authorized in order to address the economic realities faced at the time, both by the owner who may not have been able to cultivate his land, and the landless worker who had to depend on this kind of employment to earn his living. Those who permitted *khamm āsa* did so under the *sharīʿa* ruling of necessity (*dar ūra*) and public interest (*maṣlaḥa*) as recorded in the text on (page 271).

It is worth mentioning that the terms *khamm āsa* and *muz āra ʿa* may at times be used interchangeably. This is evident in some Māliki references such as al-Miʿyār⁷². Therefore in some modern writings, the *khamm āsa* case was offered in the form of a tenancy agreement in which *al-khamm ās* was considered as a tenant. For example,

Coulson (*History*, 144-5) has discussed a *khamm āsa* case in which he says “the tenant retains a quota part of four-fifths of the produce of the land which he occupies and works, the remaining fifth representing the rental required by the land-owner”. He also confirms that this type of tenancy is in conflict with two fundamental *sharīʿa* principles as the rental being “consist of foodstuffs” and “its precise value” is unknown⁷³, which suggest that this is a form of an invalid *muz āraʿa* case (see below for a discussion of *muz āraʿa* page 255). Evidently, *al-khamm ās* is not considered as a tenant according to Māliki references, he is rather a labourer⁷⁴.

Moreover, regarding the people’s necessity and interest it is evident in Māliki *fiqh* that an exception from a general *sharīʿa* rule can be made in order to address that necessity or interest. To confirm this, al-Miknāsī in his text (page 176) has reported that Ibn Rushd (d.520/1126) said, in principle a skilled workman cannot be held liable for the property charged with working on. This is a general *sharīʿa* rule based on a Prophetic *ḥadīth*. However, Mālik and his companions made an exception to this rule and excluded skilled workers to whom clients entrust property (an item needing repair for

⁷² Al-Wansharīsī, *Miʿyār*, viii, 140-165.

⁷³ Coulson, *History*, 144-5.

⁷⁴ Al-Wansharīsī, *Miʿyār*, viii, 140-165

example) which the worker then takes away to his own premises. According to this exception a workman would be liable to their client for any loss or damage done to the property with which they were entrusted until they can prove that they took reasonable precautions to ensure the safety of the property in question. The exception was based on the necessity to get certain services carried out by specialists (e.g, repair of jewelry, tailoring of clothes) to whom items must be submitted for work to be carried out. If the jeweler, tailor etc. is free from all liability for the property they handle then there is a clear temptation for theft or poor workmanship leading to damaged property. Thus an exception was made based on the need to protect the public interest (*maṣlaḥa*).

In another case (page 184) al-Miknāsī discussed court proceedings concerning an argument between a doctor and his patient. The doctor claimed that he had an agreement with the patient to treat him until the latter recovered from his illness on the basis of a reward for providing cure (*juʿl*). After describing the court procedure, al-Miknāsī states that this kind of agreement is valid according to a legal opinion of Mālik, although his student Ibn al-Qāsim does not approve such an agreement. This may be due to the presence of *gharar*, as the doctor may expend all his efforts to cure the patient without success and would therefore not be paid. However, al-Miknāsī added that *ʿamal* at the time was according to the legal



opinion of Mālik. More information concerning the public interest (*maṣlaḥa*) is included in the notes on the Arabic text. See notes (15 page 240 and 17 page 241).

Thirdly, are cases in which rulings had taken into account the people's custom ('*urf*') for example, a case (page 58) regarding an argument between a husband and wife in which the former claimed that he had paid his wife her agreed *mahr* and she did not present in her outfit what equals the *mahr*. According to al-Miknāsī's advice the *q ādī* should order the couple to bring some experts who would value what the bride had presented in her outfit. If the local experts confirm that it is in line with '*urf*' in their community compared to the couple's rank and the husband was unable to refute the testimony of the experts then the *q ādī*'s decision should be in conformity with '*urf*' which must be implemented. Apparently such a case was not a matter for debate for al-Miknāsī since he has not presented any other opinion except '*urf*' implementation. The decision of implementing '*urf*' which binds the bride to spend her *mahr* or some of it on her outfit should not be counter to the general principle that the *mahr* is the wife's sole property. It is a way of beautifying herself for her husband, and whatever she brings to the marital home is still considered as her sole property since most of it for instance, jewels, clothes etc. is for her own use and not for the husband's. Also, after consummation she has the right of disposal over all her belongings

and her deferred portion of *mahr*, this is evident in the text (page, 59). Moreover, if the marriage is being terminated it is her right to take everything back with her.

Regarding the implementation of '*urf*', there is another case (page 60-61) in which a father claimed that he had lent his daughter some clothes and other effects which he brought along with her outfit to the marital home. The father also presented a document containing a witness testimony confirming his claim. After the discussion of court procedures al-Miknāsī states that '*urf*' must be implemented in such case, namely, if the father according to '*urf*' does not add to his daughter's *mahr* as a donation from his own wealth then he should be granted his claim, otherwise he would not be able to claim back whatever he had given to his daughter.

Furthermore a case (page, 157) in which a man had authorized another to sell on his behalf a commercial article and the agent sold it without any attending witnesses which led to the buyer's denial of purchase and refusal of paying the value. With respect to the case ruling, al-Miknāsī has reported that according to the early Māliki *fiqh* the agent should be liable to the constituent as a result of neglecting to provide witnesses to the transaction. He also reported the opinions of some late Māliki jurists such as Ibn 'Abd al-Rafī' who advised

that *'urf* should be implemented in such cases. Again he recorded that *'urf* at the time was that it was not necessary to provide witnesses for such a transaction, and so the agent should not be held liable.

These are only a few instances out of many in al-Miknāsī's text from which we find illustrated the use of *'amal*, especially judicial practice, and the acceptance of *'urf*, regarded as a prominent feature of Mālikī *fiqh* in Morocco and north-west Africa as a whole.

CHAPTER II

Political Life in the Maghrib During al-Miknāsī's Era

Al-Qāḍī al-Miknāsī lived for about seventy eight years during the most critical period of the Merinid and the Wattasid regimes. He witnessed the end of Merinid sovereignty with the killing of the sultan Abū Muḥammad °Abd al-Ḥaqq b. Abī Sa°id °Uthmān b. Aḥmad al-Marīnī in 869/1464. He was also a contemporary of the first two sultans of the Wattasids. Therefore it is interesting to consider the political environment during this era. As a way of introducing the topic, it is useful to look briefly at the background from which the Merinids and their cousins the Wattasids came .

Lineage and homeland of the Merinids and Wattasids

Although the nisbas of the Merinids and Wattasids indicate that they were from different blood lines, they were in fact both Merinids. North African historians report that the Merinids and the Wattasids were both descendants of one ancestor; Prince Merīn, the father of all the tribes of Banī Merīn, among whom were Banī °Abd al-Ḥaqq (the Merinids) and Banī Waṭṭās (the Wattasids) who ruled the further Maghrib jointly as monarchs and advisers in respective order

for over three hundred years.¹ They all belonged to a group of Zanāta tribes, the largest Berber league in North Africa, which inhabited different areas from the western borders of Libya to the western coast of Morocco.² The original homeland of both the Merinids and the Wattasids was mainly the middle Maghrib (Algeria) where they had lived as nomads for many decades. According to North African sources, the Merinids had emerged firstly in the Zāb region between al-Qayrawān in Tunisia and the Town of Biskra in the eastern part of Algeria.³

The Merinids' move into the further Maghrib.

After the Merinid tribes were pushed to the south west of Algeria by the Almohad forces in 540/1145, they spread out to the eastern region of the further Maghrib where they frequently occupied the

¹ Ibn Khaldūn, *al-ʿIbar*, VII, 257; Al-Nāṣirī, *al-Istiṣṣāʿ*, IV, 118; ʿAlī Ḥāmid al-Māḥī, *al-Maghrib fī ʿaṣr al-sultān Abī ʿInān*, (Casablanca, Dār al-Nashr al-Maghribiyya, 1986), 35., hereinafter: al-Māḥī, *al-Maghrib* . EI2, s.v. Marīnids. EII, s.v. Waṭṭāsids

² Al-Māḥī, *al-Maghrib*, 35; al-Nāṣirī, *al-Istiṣṣāʿ*, III, 3; Henri Terrasse, *History of Morocco*, translated by Hilary Tee, (Casablanca, 1952), 109., hereinafter: Terrasse, *Morocco*.

³ Al-Māḥī, *al-Maghrib*, 35; Julien, *North Africa*, 172; Ibn Khaldūn, *al-ʿIbar*, VII, 197; ʿAbd al-Fattāḥ Muqllīdal-Ghunaymī, *Mawsūʿat taʾrīkh al-Maghrib al-ʿArabī*, (Cairo, Maktabat Madbūlī, 1994), III, 199., hereinafter: al-Ghunaymī, *Mawsūʿa* . EI2., s.v. Marīnids.

areas from Fakik to Sijilmassa, especially the grazing lands north of the Moulouya River.⁴

The Merinids took advantage of the decline of Almohad authority in some regions brought about by a series of disastrous events occurring in a very short period of time. In the year of 609/1212, the Almohad forces were badly defeated and suffered heavy losses at the battle field of Las Navas de Tolosa in Andalusia. In the same year there was an epidemic in Morocco which killed a large number of the population. Moreover, in the same year, the caliph Muḥammad al-Nāṣir died and his young son al-Mustanṣir, who was regarded by many as being incapable of ruling, was placed on the throne.⁵

As a result of these events, the Almohads were not in a position to defend their territory, leaving some regions vulnerable, which encouraged the Merinids to penetrate deeper inside the further Maghrib. The Merinid tribes engaged themselves in fierce battles and a long struggle with the Almohad forces which dragged on for more than fifty years.

⁴ Al-Māḥī, *al-Maghrib*, 36-37. Ibn Khaldūn, *al-ʿIbar*, VII, 197.

⁵ Al-Nāṣirī, *al-Istiṣṣāʾ*, III, 4 ; Ibn Khaldūn, *al-ʿIbar*, VII, 198 ; bin ʿabdillāh, *Taʾrīkh al-Maghrib*, 134, Julien, *North Africa*, 173.

The Merinids Aspiration for power.

After their victory over the Almohads' forces and their allied tribes, the Merinids became more ambitious, and assured their dominance in many parts of the further Maghrib, particularly the west. They subdued other tribes and imposed tributes on them. They also imposed tributes on some towns in return for protection against brigands and plunderers.⁶

Under the leadership of Abū Yaḥyā Abū Bakr b. ʿAbd al-Ḥaqq who was known as the founder of the Merinid dynasty they conquered Meknes for the first time in 643/1245 and the city of Fes in 646/1248. After his victory over the Almohads Abū Yaḥyā established his authority in Fes taking his place as the first sovereign of the Merinid dynasty.⁷

The Merinids were determined to finish off the Almohad reign which had shrunk to the south of Morocco. They had engaged the Almohad forces in battles for almost twenty years. By the end of these two decades of struggle the Merinids were able to capture the

⁶ Al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣāʾ*, III, 9-10 ; Julien, *North Africa*, 173 ; Ibn Khaldūn, *al-ʿIḥṣār*, VII, 201; al-Māḥī, *al-Maghrib*, 43.

⁷ Ibn Khaldūn, *al-ʿIḥṣār*, VII, 203, 204 ; Julien, *North Africa*, 174, 175 ; Al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣāʾ*, III, 12-14 ; binʿabdillāh, *Taʾrīkh al-Maghrib*, 134, 135 ; Weiss, *Survey*, 369.

city of Marrakesh the Almohad's capital in 668/1269 and complete their conquest of Morocco.⁸

Features of political life during the Merinid reign

Although the Merinid dynasty including the Wattasids period, lasted much longer than that of the Almohads, its political achievements were fewer. Here we will lay out a number of different factors which faced the Merinids throughout their reign. One of these was the existence of hostile powers in the area, such as Abdalwadids in Tlemcen, the Hafsids in Tunisia, and the kingdom of Castille in Andalusia. All of these had been firmly established before the birth of the Merinid dynasty. These powers engaged the Merinids in drawn out military conflicts, which occupied the Merinid resources and prevented them from building an empire like that of the Almohads, though the most dominant factor was the marked lack of a consistent and stable central authority as internal frictions affected the Merinid reign from the beginning.⁹

Here we offer a concise discussion of the political issue highlighting the critical period during which al-Qāḍī al-Miknāsī lived. This

⁸ Terrasse, *Morocco*, 95 ; Weiss, *Survey*, 369.

⁹ Al-Ghunaymī, *Mawsūʿa*, III, 214.

period of interest begins during the era of the sultan Abū Muḥammad °Abd al-Ḥaqq b. Abī Sa°id °Uthmān, who was placed on the throne in 823/1420 while he was a child, under the regency of the vizier Abū Zakariyyā Yaḥyā al-Waṭṭāsī.¹⁰ The Merinid reign by this time was very much in decline and the political scene was dominated by frequent internal power struggles.

The internal power struggles had begun after the death of the founder of the Merinid dynasty, Abū Yaḥyā Abū Bakr b. °Abd al-Ḥaqq.¹¹

Although such struggles were a major hindrance to the Merinid ambitions, the powerful sovereigns who won the throne during the first century of the dynasty were able to maintain the strength of Merinid rule until the death of the sultan Abū °Inān in 759/1357 .

“Upon his death, the Merinid kingdom, reduced to Morocco, began a slow decadence”, and entered the critical phase of its history in which “the great hopes of the dynasty” faded away.¹²

Because of the strong political rivalry and the dissension among the Merinid sovereigns, which led to the disintegration of sovereignty, the situation after Abū °Inān had become much more gloomy. From

¹⁰ Terrasse, *Morocco*, 109; Julien, *North Africa*, 203; Weiss *Survey*, 369.

¹¹ Al-Ghunaymī, *Maws ū°a*, III, 214.

the second half of the fourteenth century the city of Marrakesh had on many occasions fallen into the hands of a revolting emir or vizier who challenged the reign in Fes. This rebellion was echoed in other remote cities such as Sijilmasa in the south east. Further to this, the Arab and Berber tribes added their rebellion which often became a serious threat to the sultan's authority. Moreover, the Granada rulers, who harboured many of the exiled Merinid emirs, had persistently intervened against the Merinid regime and helped to change the sultan in Fes.¹³

Due to this unstable Merinid reign (after the rule of Abū ʿInān) and its inability to establish and sustain a strong central authority, the further Maghrib (Morocco) was constantly vulnerable to external and internal threats to its integrity. With regard to the external threat the Merinid sovereigns consistently failed to check the manoeuvres of foreign forces. By the 15th and 16th centuries, this was becoming more serious as Spain and Portugal, "succeeded in landing on the coast of Morocco and occasionally attempted a political penetration of the country".¹⁴

¹² Terrasse, *Morocco*, 102 . See also al-Ghunaymī , *Muws ūʿa* , III, 265.

¹³ Ibn Khaldūn , *al-ʿIbar*, 355-362 ; Julien, *North Africa*, 194,195 ; Weiss , *Survey*, 369.

¹⁴ Terrasse, *Morocco*, 110.

As the Andalusian reign on the Iberian Peninsula was nearing its end, the next goal for the forces of Portugal and Spain was the North African countries, especially Morocco because of its role in defending the Andalusian regimes for more than three hundred years. Consequently the Iberian forces were frequently sent to occupy Moroccan territory which they succeeded in doing when conquering the city of Ceuta in 818/ 1415.¹⁵

With the beginning of the fifteenth century, the situation in Morocco had become more grave as the Portuguese, who exploited the country's dissension, repeatedly took action against the Moroccan coasts. "The first expeditions to the Mediterranean shore of Morocco were Spanish: but soon after, as a result of treaties signed between the two nations, all the coast to the west of the 'Penon de Veles' were reserved for Portuguese action"¹⁶ resulting in the Portuguese occupation of a whole series of Moroccan ports in the north.¹⁷

This occupation had come to affect the countries' geographical unity as some parts had been separated from the whole and had come under foreign domination. Nonetheless the invaders came up against

¹⁵ Al-Ghunaymī , *Mawsūʿa*, III 74, 75; binʿabdillāh, *Taʾrīkh al-Maghrib*, I, 162.

¹⁶ Terrasse, *Morocco*, 110.

¹⁷ Terrasse, *Morocco*, 111 ; Jamil M. Abun-Nasr , *A History of the Maghrib in the Islamic period*, (Cambridge University, 1987), 207., hereinafter: Abun-Nasr, *the Maghrib*.

obstinate resistance from the population, and from their strongholds the Portuguese were unable to really penetrate into the interior of the country. So it was further south on the Atlantic coast where they were already busy trading, that they made their great efforts, building fortresses such as the one in Agadir in 1508.¹⁸

The Portuguese capture of some important Moroccan ports on the Atlantic coast and segregation of certain areas from the rest acted as a reminder of the threat they posed to the fragile country. Assisted by Berber allies, the Portuguese secured lengths of coast and even penetrated inland as far as the threshold of Marrakesh.¹⁹

In addition to this, the Portuguese occupation of the Moroccan coasts had destabilised the country economically as well as politically. By taking control of most of the Moroccan ports, the Portuguese were able to monopolise trade in the area in a manner that prevented the country from trading with the outside world except through the Portuguese. This made them the main traders in Moroccan goods, especially grain. They even had their own mandatory in a number of cities such as Fes and Marrakesh to arrange the commercial

¹⁸ Terrasse, *Morocco*, 111 ; Abun-Nasr , *the Maghrib*, 207,208.

¹⁹ Terrasse , *Morocco* , 112.

exchanges between the two sides. This hindrance of Morocco's ability to trade led to economic hardship lasting decades.²⁰

As to the internal unrest, the political disarray during the Merinid reign was deepened by the tribal revolts which occurred every so often. Initially it was through this tribal system that the Merinids had come to power and established their own sovereignty. As they had formed a large group of powerful tribes, they were able to dominate other tribes in the country and keep control of the tribal system for almost two hundred years.²¹ However as the power of the Merinids began to decline, this tribal system which helped bring them to rule began to work against them. As soon as the power of the Merinids weakened a large number of other tribes sought independence and frequently revolted against the regime in Fes, which tried in vain to keep them under control.

The tribes in the south were particularly effective at utilising this lack of solid leadership and became especially troublesome to the Merinids. Some areas in the Atlas mountain and its plains fell "under the direct rule of the chiefs of the mountains the emirs of Hintāta,

²⁰ Al-Ghunaymī, *Mawsūʿa*, III, 27 ; Julien , *North Africa*, 214.

²¹ Al-Ghunaymī, *Mawsūʿa*, III, 266.

who had shown their strong hold of the area by putting the Merinid governors of Marrakesh under their tutelage".²²

These disturbances had become more serious during the Wattasid era as more tribes in the south dissociated themselves from the authority in the north. Since then the Saadians, who had emerged from the Sūs region and had led the campaign against the Portuguese in the south, had become a new power in Morocco.

The most damaging factor to the reign of the Merinids was the constant internal struggles for power which dominated political life: "in the palace, the clans struggled bitterly amongst themselves," and the viziers effectively had power, not only in the government (*al-makhzan*) but also in the palace. Through their position as regents of the throne, they had discretely seized power from the sovereigns. For more than a hundred years the Merinid reign was in the hands of the viziers, who ruled the country by despotism. Often, they were the masterminds behind the power struggles which badly affected the dynasty.²³

²² Terrasse, *Morocco*, 103 . See also al-Ghunaymī, *Mawsūʿa*, III, 14.

²³ Terrasse, *Morocco*, 102; Ibn Khaldūn, *al-ʿIbar*, VII, 355; al-Ghunaymī, *Mawsūʿa*, III, 332-333.

In the course of maintaining their hold on power, the viziers would often place on the throne a sovereign who was incapable of ruling, (some were as young as one year old). Between 759/1357 and 869/1464, about twenty Merinid sovereigns were placed on the throne. Most were either killed or disposed of during power struggles.²⁴

One of these was the sultan Abū Muḥammad °Abd al-Ḥaqq b. Abī Sa°id °Uthmān who was killed in a revolt in Fes during al-Miknāsī's life time. He was the longest reigning sovereign in the Merinid dynasty. He was crowned when he was only a year old, after he had lost most of his family in a power struggle in the palace. The governor of Salā, Abū Zakariyyā Yaḥyā b. °Umar al-Waṭṭāsī had pushed successfully for the surviving baby to be placed on the throne under his regency.²⁵

The young sultan °Abd al-Ḥaqq spent most of his life under the regency of three viziers, the above named Abū Zakariyyā, who was killed in 852/1448, then °Alī b. Yūsuf al-Waṭṭāsī, who died in 863/1458, and finally Abū Zakariyyā Yaḥyā b. Yaḥyā al-Waṭṭāsī

²⁴ Terrasse, *Morocco*, 102; Julien, *North Africa*, 194, 195; al-Ghunaymī, *Mawsū'a*, III, 332, 333.

²⁵ Julien, *North Africa*, 208; Terrasse, *Morocco*, 109; Abun-Nasr, *the Maghrib*, 114.

who, was killed on the order of the sultan, only two months after being appointed vizier in the palace.²⁶

At first, the sultan ʿAbd al-Ḥaqq was content with his private life in the palace, and did not bother to assert his sovereignty until about the age of forty,²⁷ when it seems that he became aware of the Wattasid ambitions for power, especially after his despotic vizier, Abū Zakariyyā Yaḥyā II ignored him and arbitrarily made unfavourable changes to the *makhzen* and the palace. At that moment the sultan realised that it would only be a matter of time before he was either killed or deposed of. He decided to pre-empt his vizier and the other Wattasids by ordering them all to be killed. Only two of the vizier's brothers escaped with their lives, one of them was Muḥammad al-Shaykh who later became the sultan of Asila.²⁸ The people of Fes resented the killings and showed sympathy for the Wattasids. The incident also earned the sultan new enemies in the *makhzen* and probably in the palace. As he lost faith in the people around him, he became reluctant to nominate a new vizier and denied the position to anyone for a while.²⁹

²⁶ Al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣāʾ*, IV, 96-97; Terrasse, *Morocco*, 109; binʿabdillāh, *Taʾrīkh al-Maghrib*,

160. Abun-Nasr, *the Maghrib*, 115.

²⁷ Julien, *North Africa*, 209.

²⁸ Al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣāʾ*, IV, 97; Julien, *North Africa*, 212.

²⁹ Al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣāʾ*, IV, 98.

After Muḥammad al-Shaykh had established his authority in Asila, some leading figures in Fes including the *makhzen* established secret contacts with him, and in time, it is believed, they offered him support and loyalty if he would come to Fes.³⁰ As soon as this news reached sultan °Abd al-Ḥaqq, he became angered. In a move which may have been meant to spite his opponents, he appointed two Jews in his administration, Hārūn as the vizier and Shāwīl as the chamberlain (*ḥ ājīb*). They were entrusted with suppressing any uprisings which might threaten the position of the sultan. This move led to great resentment at the sultan's rule among the people.³¹

For some years, the people of Fes suffered under the oppressive new vizier. With frustration building among the people, the end of the careers of both the vizier Hārūn and sultan °Abd al-Ḥaqq was apparently triggered by a single incident. A woman from Fes was arrested and severely tortured by the vizier's men. News of this spread quickly through the city, and a revolt against the sultan became inevitable. This led the leading figures in the city to meet and discuss the problem with the *faqīh*, Abū Fāris °Abd al-°Azīz b. Mūsā al-Wiryāghlī, the orator of al-Qarawiyyīn, who advised them

³⁰ Al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣā'*, IV, 119.

³¹ Al-Ghunaymī, *Mawsū'a*, III, 336; Terrasse, *Morocco*, 110; bin°abdillāh, *Ta'rikh al-Maghrib*, 161; al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣā'*, IV, 98; Abun-Nasr, *the Maghrib*, 115.

to dissociate themselves from the sultan °Abd al-Ḥaqq and give their loyalty to the Sherif Abū °Abd-Allāh al-Ḥafīd as the sultan of Fes.³²

The *imām*'s advice was eagerly accepted, and the Sharif was invited to the meeting where he was given the oath of allegiance, and appointed as the new sultan. At that time, the sultan °Abd al-Ḥaqq was out of Fes, leading an expedition to quell a revolt by the Habti tribes. As soon as he received the news, he turned back to Fes, hoping to be able to save his reign. However, he was too late to turn back the forces of revolution in Fes where the people had already pronounced his dethronement.

To add to this, on the way back to Fes, some of his forces mutinied against him. Desperate and confused, he sought the help of his vizier Hārūn, who advised him to go to the city of Meknes instead of Fes until a way out of his crisis could be found. No sooner had Hārūn finished his words than he was killed in front of his master by some of the mutinying soldiers who then forced the sultan to surrender. They humiliated him and plundered his headquarters in the camp, before taking him back to Fes to meet his tragic end. He was brought into the city in a most dishonourable state, and was executed on the morning of Friday twenty seventh of *Ramaḍān*, 869/1465. With the execution of the sultan °Abd al-Ḥaqq b. Abī Sa°īd, the era of Banī

³² Abun-Nasr, *the Maghrib*, 115.

°Abd al-Ḥaqq the first came to an end, and after a few years of rule by the sultan Abū °Abd Allāh al-Ḥafīd, the Wattasids (the other branch of the Merinids) took over power.³³

The new sultan of Fes, Abū °Abd Allāh al-Ḥafīd ruled for only a short period of time. His reign lasted only about seven years and was made difficult by the ambitions of the ruler of Asila, Muḥammad al-Shaykh the Wattasid, who was determined to seize power in Fes. Al-Shaykh led three expeditions in order to conquer the city of Fes and depose its ruler. He succeeded after six years, but not before losing his capital city of Asila to the Portuguese, who occupied the city and took his family hostage while he was busy fighting al-Ḥafīd in Fes. In the year 876/1472, the sultan Abū °Abd Allāh al-Ḥafīd fled to Tunisia and the city of Fes fell to the hands of Muḥammad al-Shaykh, who started a new era of the Merinid dynasty under the Wattasid name.³⁴

As a branch of the Merinid tribes, the Wattasids had exercised power during the reign of their cousins, Banī °Abd al-Ḥaqq. "Despite short-

³³ Al-Ghunaymī . *Mawsūʿa*, III, 336; bin°abdillāh , *Taʾrīkh al-Maghrib*, 161; Al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣāʾ*, IV, 99,100.

³⁴ Al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣāʾ*, IV, 120; al-Ghunaymī , *Mawsūʿa* , III, 21,22; Julien, *North Africa*, 212; bin°abdillāh , *Taʾrīkh al-Maghrib*, 161.

lived revolts they remained among the founder tribes of the Merinid dynasty and their chiefs occupied on many occasions high posts in the *makhzen*.³⁵ Some of them had also occupied the position of governor and became the regents on the Merinid throne until they themselves finally took power.³⁶

Despite their successful seizure of power in Fes, the Wattasids did not enjoy great support from outside their tribe, thus, "this dynasty of a new kind, coming from the *makhzen* represented no important group of tribes and remained without any natural support ... The Banī Waṭṭās taking the government without a sound and loyal army and who only ruled over part of the country, were practically doomed to impotency".³⁷ Therefore, they were not able to build a strong enough regime capable of dealing with the events that occurred in Morocco during their reign³⁸.

After Muḥammad al-Shaykh had won the struggle for power against Abū ʿAbd Allāh al-Ḥafīd he was caught in the middle of an endless series of crises such as the increasing Portuguese occupation

³⁵ Terrasse, *Morocco*, 109.

³⁶ Al-Nāṣirī, *al-Istiṣṣāʾ*, IV, 118; Julien, *North Africa*, 208; Abun-Nasr, *the Maghrib*, 114.

³⁷ Terrasse, *Morocco*, 110, 116.

³⁸ Al-Ghunaymī, *Mawsūʿa*, III, 24.

of the Moroccan coasts and the growing tribal revolts throughout the country. He therefore had to adopt a policy of truce, especially with the Portuguese who had already signed a peace treaty with him. However the Portuguese ignored the treaty and continued to occupy regions on the western coast, as well as in the north which further weakened al-Shaykh's rule. With other tribal revolts also undermining his authority, al-Shaykh's regime was unable to command the whole country and was hardly able to control the regions around Fes. With these hindrances al-Shaykh led a feeble regime which lasted about thirty two years until his death in 910/1504.³⁹

Succeeding Muḥammad al-Shaykh was his son Abū 'Abd Allāh Muḥammad al-Burtughālī "the Portuguese". He had been attributed this *nisba* due to the time he had spent in Portugal as a hostage in his youth. The new sultan could do no better than his father despite his efforts against the Portuguese occupation.

Neither he nor his father could rescue the occupied territory or at least save the rest of the country from disintegration. Treaties had to be made with tribes and also with the independent principalities

³⁹ Al-Ghunaymī, *Mawsū'a*, III, 24,25; Julien, *North Africa*, 213; Abun-Nasr, *the Maghrib*, 206,207.

forming in the north.⁴⁰ "The south, at first partly governed by the Hintāta emirs, was little by little conquered by the leaders of the holy war, the Saadian Cherifs, who at first theoretical vassals of the Banī Waṭṭās, were to wrest Morocco little by little from the latter and in 1550, to enter Fez".⁴¹

Thus, by the time the Saadians took over power in the further Maghrib, the country was thoroughly crippled; the Merinid reign was on the brink of death after almost one and a half centuries in which the whole country indulged in general anarchy.

The absence of a strong central authority which could safeguard the state and undertake to defend its religion and territories had damaged the reputation of the regime in Fes and led to general anger and frustration among the people. With the loss of respect for their rulers the people abstained from giving their support to the powers in Fes, which had neglected the country and had on many occasions turned away from campaign against the Portuguese raids on Moroccan territory.⁴² The populace had already expressed extreme resentment of the Sultans after their lack of response to the appeal

⁴⁰ Terrasse, *Morocco*, 116,117 ; al-Ghunaymī, *Mawsū'a*, III, 32,33.

⁴¹ Terrasse, *Morocco*, 117.

⁴² 'Abd Allāh Kannūn, *al-Nubūgh al-Maghribī fī 'l-adab al-'Arabī*, (Beirut, Dār al-Kitāb al-Lubnānī, 1975), I, 192., hereinafter: Kannūn, *Nubūgh*.

from their fellow Muslims in Andalusia, who were facing imminent elimination by the Spanish forces, who had swept away most of the Muslim fortresses in Spain on their way to finish off the Muslim reign in the Iberian peninsula. Having taken advantage of the decline of authority in Fes, and under the union of Castille and Aragon, the Spanish organised little by little the conquest of the Moorish kingdom in Spain. This they achieved in 897/1492 by taking of Granada, the last Muslim state of Andalusia.⁴³

In reaction to the Sultans' inability to defend the Maghrib territory, the call to arms rose enthusiastically among the people. The strongest push came from the scholars who stimulated the desire for action by various means, including writings, speeches and poems. Many of them fought alongside the people against the Portuguese, including the *faqīh* Abū °Abd Allāh Muḥammad b. Yaḥyā al-Bahlūlī and the *qāḍī* of Asila Abū °l-°Abbās Aḥmad al-Qāḍī. Again the Sufis with their influential push towards action also played a significant role in the struggle against the occupying force. Among them was the Sufi Abū °l-Ḥasan °Alī b. °Uthmān al-Shāwī.⁴⁴

The first armed movement had emanated from the northern city of Ceuta, which was the first Moroccan city to be raided by the Iberian

⁴³ Terrasse, *Morocco*, 114.

⁴⁴ Al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣā* ' IV, 111,112 ; Kannūn, *Nubūgh* , I, 243.

forces in 818/ 1415. Some other movements had also emerged in the Sūs regions in the south. Since then, the people of the Maghrib, who had realised the imminent danger and the impotence of their rulers, began to take responsibility for defending the territory under the leadership of the scholars and the Sufis. The Merinid sultans, who were busy dealing with internal struggles had on occasion lead expeditions against the Portuguese, but more often than not failed their duties by only providing the fighters with money and materials.⁴⁵

To back up the armed movements, fortresses and towns had to be constructed by the Sufis and other warriors with the authority's help. Most of these constructions were positioned near the coasts to protect the interior territory from possible enemy penetration and also to be used as bases (*rib āts*) for the fighters. For example, the towns of Shafshāwin and Tetouan, as well as the old town of al-Qaṣr al-Kabīr in the north. Some other strongholds were also built in the south, especially in the region of Sūs.⁴⁶

⁴⁵ bin'abdiḷlāh, *Ta'riḵ al-Maghrib*, 161, 162; al-Ghunaymī, *Mawsū'a*, III, 32, 33; Julien, *North Africa*, 215.

⁴⁶ Al-Ghunaymī, *Mawsū'a*, III, 94; bin'abdiḷlāh, *Ta'riḵ al-Maghrib*, 161.

Ultimately the Saadian triumph over the Portuguese earned them popularity and support, especially from tribes in the south such as the Hintāta tribes in Marrakesh and the Sūs tribes. The Saadians gradually dominated the southern regions including Marrakesh, the capital of the south. Little by little, they conquered the rest of Morocco until they finished off the Merinid dynasty by killing Abū Ḥassūn, the last sultan of the Wattasids in Fes in 961/1554.⁴⁷

Al-Miknāsī's text and political events

The manuscript does not contain material of an overtly political nature. This is to say that specific occurrences in court life are not dealt with. However, there is evidence to show that al-Miknāsī was mindful of the turbulent political scene under which he worked. Firstly this can be appreciated in a statement in the text (page 8 Arabic text) regarding a *q ādīs* qualities. al-Miknāsī asserts that a *q ādī* should be one of those who disregards the Authorities' influence and does not fear them. This warning is supported by further cases in the text which illustrate the pressure that *q ādīs* could be brought under. In one such case (page 115), al-Miknāsī cites a statement by Ibn °Arafa (d.803/1401) who said that some *q ādīs* at the time had appointed defamed people as witnesses in court to testify in serious matters such as marriage and murder, claiming that

⁴⁷ Kannūn, *Nubūgh* , I, 244 ; Julien, *North Africa*, 216.

they feared their superiors in government. Ibn ʿArafa added that in fact, they only feared dismissal. Whatever the opinion of Ibn ʿArafa regarding these *q ādīs* and their fears, this statement clearly indicates that the self-serving influence of some sultans and viziers reached into the justice system and lead to the pressurisation and even victimisation of some *q ādīs*. Evidence of this exists in historical references, for example, the *q ādī* ʿAbd al-Raḥīm al-Yaznāsī was killed in Fes by the vizier Ṣāliḥ b. Ṣāliḥ b. Ḥmmūn 1430⁴⁸.

Furthermore, there are a few cases in the text regarding particular events which we believe may shed light on how the political atmosphere effected economic life for the region's inhabitants and on the relation between people and the authorities. For example in one case (page 205), a man who had rented a hotel to run as his own business then wanted to cancel his tenancy agreement on the basis of customer scarcity because of dissension in the area. According to what we have seen above, such dissension was fairly common during al-Miknāsī's time because of power struggles and tribal riots. In another case the direct involvement a sovereign could have with a particular subject's affairs is illustrated. A case is included (page 57) regarding a conflict between the orator of al-Qarawiyyīn ʿAbd al-ʿAzīz al-Wiryāghlī (d.880/1475) and his wife who were separated by a board of arbitration involving some scholars and the emir of the

⁴⁸ Al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣāʾ*, iv, 96.

state. What we can learn from this is that the sovereign of the state during al-Miknāsī's time used to engage himself with public matters and even family affairs, as was the practice of Muslim rulers.

CHAPTER III

Intellectual Life in the Maghrib During al-Miknāsī's Era

Since the Islamic conquest of North Africa, all aspects of life had come under Islamic induction. Islamic culture gradually took over the cultural life in the area, and by the end of the second half of the eighth century the Islamic schools (*madhāhib*) found their way into the regions. Morocco, or the further maghrib as it was known, was one of these regions which received some of those schools, such as Khārijī, Shī'ī, Ḥanafī and then the Mālikī school. Since the latter school had been embraced by the Moroccan people it became a prominent aspect of their intellectual environment. By the end of the first half of the third/ninth century the Mālikī school was becoming established in the western Islamic regions. It was promoted in the area by local scholars who had studied either under Mālik himself or some of his students. It was also spread by those who embraced the Mālikī doctrine during their visit to Mecca and Medina to perform pilgrimage.¹

¹ Abun-Nasr , *the Maghrib*, 21 ; Kannūn, *Nubūgh* , I, 54.

The first two regions to witness a rapid growth of the Mālikī school in the western Muslim world were Tunisia and Andalusia, specifically al-Qayrawān and Cordova. In these two centres a number of prominent scholars had excelled in Mālikī *fiqh*, among whom were °Alī b. Ziyād al-Tūnisī (d.183/799), °Isā b. Dīnār al-Qurṭubī (d.212/827), Asad b. al-Furāt (d.213/828), °Abd Allāh b. Abī Ḥassān al-Yaḥṣubī (d.227/841), Yaḥyā b. Yaḥyā al-Laythī (d.234/848), °Abd al-Malik b. Ḥabīb (d.238/852) and Saḥnūn °Abd al-Salām b. Sa°id al-Tanūkhī (d.240/854)². Moreover, many famous works in Mālikī *fiqh* were produced in this era such as *al-Wāḍiḥa*, *al-°Utbiyya* and *al-Mudawwana*, which became the subjects of the scholastic activity in the Islamic western countries. Many jurists devoted themselves to these works making them the "sole subject of their commentaries" and teaching³. Later, during the Almoravid reign Morocco inherited the leading position in knowledge especially in Mālikī *fiqh*, where al-Qarawiyyīn in Fes became the best known centre of learning in the area.⁴

The intellectual environment which existed in Morocco during al-Miknāsī's time was the last remnant of the renaissance in

² Al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmi*, II, 94,98.

³ Christopher Melchert, *The formation of the Sunni Schools of Law*, (Brill, Leiden, 1997), 158,159., hereinafter: Melchert, *Sunni schools*

⁴ Kannūn, *Nubūgh*, I, 54.

knowledge that was an object of pride for the three dynasties of the Almoravids, the Almohads and the Merinids. Thus we shall briefly review the environment in which al-Miknāsī developed as a scholar, and the efforts that had been made by the various dynasties to develop academic culture in their lands.

The Almoravids, the first of these three dynasties began life as a reform movement, their aim was to reform Islamic cultural and religious practices which they claimed had become mingled with old domestic customs and religious innovations developed in the Moroccan society of the time, especially in the southern regions, due to the lack of an orthodox religious education.⁵

The founder of the movement was the *faqīh* ʿAbd Allāh b. Yāsīn al-Jazūlī who devoted himself to the cause of religious practice reform. His purpose was to present people with accurate religious knowledge and an orthodox understanding of Islam although a more political side to his movement became apparent later on. He initiated his missionary activity (*daʿwa*) among the Lamtūna tribe, one of the Ṣanhāja tribes in the further southern Sahara, but later with the support of his armed followers he managed to impose his authority on a number of tribes in the southern Sahara including the Ṣanhāja

⁵ Ḥasan ʿAlī Ḥasan, *al-Ḥadāra al-Islāmiyya fī al-Maghrib wa l-Andalus* (Cairo, 1980), 20-21., hereinafter: Ḥasan ʿAlī, *Ḥadāra*

tribes. Soon afterwards, the power of his armed force grew rapidly and little by little his movement subdued the whole region of the further Maghrib.⁶

After their successful seizure of power, the Almoravids established a new dynasty (430/1038-541/1147). One of the foundations upon which the authority of the Almoravid state had rested was the influence of the *fuqah ā'* who occupied high positions in the regime, and whose advice was always taken into account. This was attributed to °Abd Allāh b. Yāsīn, who was himself a *faqīh* and religious leader whose successors followed in his path, maintaining an interest in the promotion of Islamic education and giving their full support to the Mālikī school of thought. As an orthodox movement they rejected philosophical and theological avenues of thought .

Accordingly, the regime backed by the powerful *fuqah ā'* who were mainly interested in *fiqh*, frowned upon those scholarly works which were based on theological discussion. The best example of this was the burning of al-Ghazālī's book *Iḥy ā' °ul ūm al-dīn* on the orders of the sultan °Alī b. Yūsuf b. Tāshfin. This was as a result of a *fatw ā* given by the *faqīh* Abū °Abd Allāh Ibn Ḥamdīn, the judge of Qurṭuba, which was supported by a considerable number of *fuqah ā'*.

⁶ Ibn Khaldūn, *al-Iḥṣār*, VI, 216-218; Kannūn, *Nub ūgh*, I, 64,65; Julien, *North Africa*, 79,80 ; Weiss, *Survey*, 222,223; Abun-Nasr, *the Maghrib*, 80,81.

The *fatwā* considered al-Ghazālī's book to be contradictory to the *sharī'a*, claiming that it discussed theology (*ʿilm al-kalām*) and Sufi doctrine, adopting philosophical methods which would confuse the people's creed.⁷ There also seems to have been a political purpose behind this affair. It is mentioned in some sources that the *fuqahā'* feared the political influence of Sufism and the Sufis, who shared with the *fuqahā'* a certain level of respect and authority among the public.⁸

However, some other *fuqahā'* regarded the book as a unique work containing a high standard of *Sharī'a* knowledge. These *fuqahā'* opposed its destruction by issuing a contradictory *fatwā* making its destruction unlawful and denouncing those who burned the book. This is also taken by some historians as proof that the *fuqahā'* were well protected and admired during the Almoravids era as they could express their opinions without fear of punishment, even when their opinions were opposed to those of the ruler.⁹

⁷ Kannūn , *Nubūgh*, I, 75,76; Julien , *North Africa*, 88; Abun-Nasr , *the Maghrib*, 84; Weiss , *Survey* , 226.

⁸ Ibrāhīm Ḥarakāt , *al-Maghrib ʿabr al-ta'rikh* , (Casablanca, Dār al-Sulamī , 1965), 194., hereinafter: Ḥarakāt, *al-Maghrib* .

⁹ Kannūn , *Nubūgh* , I, 77 ; Ḥarakāt, *al-Maghrib* , 194.

Despite favouring *fiqh* and the *fuqah ā'* the Almoravids admired knowledge and scholarship in general. Thus they undertook to support and strengthen centres of learning such as al-Qarawiyyīn in order to stimulate a spirit of intellectualism among Moroccan society which had been lacking except in cities such as Fes, Marrakesh and Ceuta.

After the unification of Andalusia and the further Maghrib under the leadership of Yūsuf b. Tāshfīn, Morocco was opened to the civilisation and culture of Andalusia, which made a significant impact on the intellectual life of Morocco.¹⁰

Besides the study of *fiqh* in accordance with the Mālikī school which had become advanced during this era, there was considerable study in many other fields of *sharī'a* sciences. These included *tafsīr*, *ḥadīth* and principles of Islamic jurisprudence (*uṣūl al-fiqh*) even theology and Sufism were given some attention. A great deal of study was also conducted in literature and Arabic language, including grammar, syntax, and related linguistic sciences in which many people excelled, including emirs. Moreover, the Almoravids attentively looked after the centres of learning, especially the institution of al-Qarawiyyīn, and pioneered the *Madrassa* system in

¹⁰ Kannūn, *Nubūgh*, I, 78,79.

Morocco. They made a significant contribution to the environment of learning in Morocco.¹¹

Throughout the Almoravids' reign a considerable number of scholars excelled in different areas of Arabic language and *sharī'a* sciences. For example, the scholar Abū al-Faḍl °Iyāḍ b. Mūsā b. °Iyāḍ al-Yaḥṣubī al-Sabtī, known as al-Qāḍī °Iyāḍ (d. 544/1149). He was a prominent expert in many subjects of the *sharī'a* sciences and literature. Despite his short life he produced about twenty works in different fields. From among these were *Tartīb al-madārik*, *al-Shifā'*, *Mashāriq al-anwār*, *al-Tanbīhāt al-mustanbata*.¹²

The Almohads were no less interested in the furthering of knowledge. This is not surprising since Muḥammad Ibn Tūmart, the spiritual leader of the Almohad dynasty was, like °Abd Allāh ibn Yāsīn, a scholar and a religious leader. Ibn Tūmart also started his movement in a similar way, as he provided a religious education to his followers before adopting the struggle for power. However, Ibn Tūmart as a thinker, differed from Ibn Yāsīn in his cultural

¹¹ Kannūn, *Nubūgh*, I, 78-82; Ḥarakāt, *al-Maghrib*, 242,243; Al-Ḥasan al-Sā'ih, *al-Ḥaḍāra al-Mghribiyya °abr al-ta'rikh*, (Casablanca, Dār al-Thaqāfa, 1975), 149,152., hereinafter: al-Sā'ih, *Ḥaḍāra*.

¹² Kannūn, *Nubūgh*, I, 95,96.

inclinations. From the early stages of his learning he was influenced by the work of Eastern Muslim scholars, especially al-Ghazālī and was eager to meet some of them. Therefore he left the Maghrib for the Eastern Muslim countries where he studied under many scholars including al-Ghazālī. There, he acquired a high standard of knowledge and became more attentive to theology in accordance with the Ashʿarī school, favouring it above other subjects.¹³

After his return to the Maghrib Ibn Tūmart toured the country for some time preaching his religious thoughts, before making a halt at the village of his birth to prepare for a political move. He was able to propagate his teachings among the tribes of Maṣmūda and managed to win their support to launch his revolution against the Almoravids, whom he had considered a corrupt regime, both religiously and morally.¹⁴

Although Ibn Tūmart did not live to see the fruit of his revolution, (he died soon after starting the struggle), his successors were determined to achieve his goal. They followed the path he had initiated and carried out his ideas, especially with respect to Islamic

¹³ Weiss, *Survey*, 241; 'Allām, *al-Dawla al-Muwaḥḥidiyya*, 70,71; Julien, *North Africa*, 94; Kannūn, *Nubūgh*, I, 107,108.

¹⁴ Ḥarakāt, *al-Maghrib*, I, 263; Kannūn, *Nubūgh*, I, 109,110; Al-Sā'ih, *Ḥaḍāra*, I, 177; Julien, *North Africa*, 100,101.

knowledge and teaching, an area upon which they were particularly keen. With the foundation of the cultural renaissance laid down during the Almoravids era, the Almohads continued to build in conformity with their own program, which was based on Ibn Tūmart's ideas.¹⁵

In spite of their similarity in being concerned with culture development and the encouragement of learning, the methods of the Almohads differed from those of the Almoravids. The Almoravids were more stringent observers of the traditional Islamic line with regard to the understanding of Qur'ānic passages which mention Allāh's Names and Attributes. That is, they rejected any interpretation (*ta'wīl*) of such passages and regarded this as an innovation (*bid'ā*), and therefore contradictory to the doctrine (*'aqīda*) as understood by the Prophet's companions. For this reason the Almoravids were not in favour of the study of *'ilm al-kalām*, although it persisted to a certain extent during their time. For the same reason, they paid more attention to the study of *fiqh* in accordance with the Mālikī school.¹⁶ The Almohads on the other

¹⁵ Kannūn, *Nubūgh*, I, 111, 127.

¹⁶ 'Allām, *al-Dawla al-Muwaḥḥidiyya*, I, 303; 'Abd al-Wāḥid b. 'Alī al-Marrākshī, *al-Mu'jib fi talkhiṣ akhbār al-Maghrib*, ed. Muḥammad Zaynuhum, (Cairo, 1963), 151., hereinafter: al-Marrākshī, *al-Mu'jib*. Abun-Nasr, *the Maghrib*, 88.

hand, followed the methodology of the Ash'arī school, preferring to interpret any Qur'ānic passage which seemed to them to be in danger of likening Allāh to His creation. Thus they intensified their efforts to promote the study of *ilm al-kalām* and *uṣūl al-fiqh* as these were the core of their cultural program.¹⁷ However, at the same time they did not neglect other sciences. Rather, the Almohads took the lead in promoting knowledge in general. Nonetheless, they did not approve of the study of *furū' of fiqh* which they rejected upon the principle that they were only the opinions of the *fuqahā'*, which in most cases were not related to the Qur'ān and *ḥadīth*. Therefore the Almohads invalidated the *furū' of fiqh* unless their legal rules were based on the *uṣūl*, particularly the Qur'ān and the Prophetic traditions, in order to compel the *fuqahā'* to use individual opinion (*ijtihād*).¹⁸ They went as far as burning most of the famous *furū'* works of Mālikī *fiqh* such as *al-Mudawwana* and many others during the time of Ya'qūb al-Manṣūr, the third caliph of the Almohads, whose goal was to wipe out the Mālikī school from Morocco. In fact, this was the intention of

¹⁷ Ibn Khaldūn, *al-'Ibar*, VI, 267; Julien, *North Africa*, 94; Weiss, *Survey*, 242; Abun-Nasr, *the Maghrib*, 88.

¹⁸ Ḥarakāt, *al-Maghrib*, 263; al-Sā'iḥ, *Ḥaḍāra*, 178; 'Allām, *al-Dawla al-Muwaḥḥidiyya*, 304; Weiss, *Survey*, 242; Abun-Nasr, *the Maghrib*, 88, 89.

his father Yūsuf, and his grandfather °Abd al-Mu'min, though Ya°qūb made greater efforts to achieve this goal.¹⁹

Certainly, the Almohads succeeded in restraining the study of *furū°* of Mālikī *fiqh* to some extent. They encouraged the resumption of the process of *ijtihād* in which some scholars excelled, such as Abū 'l-Ḥasan °Alī b. Muḥammad b. Khayār al-Balansī (605/1208) and Abū Ishāq Ibrāhīm b. Aḥmad b. Hārūn al-Murādī (633/1235) among others. Nonetheless, they failed to completely wipe out either the Mālikī school or the study of *furū°*. On the contrary, both survived and most of the burned *fiqh* references were re-written, even during the Almohad era.²⁰

However, the Almohad attitude towards the Mālikī school had encouraged the Mālikī scholars to review their dogmatic allegiance to the Mālikī school and reform the *furū°* of *fiqh* in accordance with *uṣūl al-fiqh*, a process which strengthened the link between Mālikī *fiqh* and its sources.²¹

Other kinds of Islamic learning reached their height during the Almohad era, especially *ḥadīth*, *tafsīr* and theology. Literature and philosophy also became more prominent than before. The main

¹⁹ Abun-Nasr, *the Maghrib*, 97; Kannūn, *Nubūgh*, I, 128.

²⁰ Weiss, *Survey*, 248,250; Abun-Nasr, *the Maghrib*, 21.

²¹ Kannūn, *Nubūgh*, I, 129.

institution for the study of all these subject areas was al-Qarawiyyīn in Fes which remained as busy as usual, as did institutions in other cities such as Marrakesh, Tlemcen, Ceuta and Meknes.

In order to encourage learning throughout the country, the Almohads provided generous subsidies to the centres of learning, as well as building more of them throughout the country. They had also been generous to the scholars, among whom were poets and writers who were always in the company of the sovereigns, since the rulers' concern was with scholarly and intellectual matters, as well as those of politics.²²

During this period, the number of prominent scholars emerging from the various academic institutions was high. From among these for example were Abū ʿAmr ʿUthmān b. ʿAbd Allāh b. ʿIsā, known as al-Salālī (d.574/1178), Abū Muḥammad ʿAbd al-Jalīl al-Qaṣrī (d.608/1211), and Abū al-Ḥajjāj Yūsuf b. ʿImrān al-Mazdaghī (d.655/1257), who were all well versed in various fields of *sharīʿa* sciences. These are but a few of the many eminent scholars of the period. Needless to say, their number is great and their lives and works are vast topics in themselves.²³

²² Kannūn, *Nubūgh*, I, 127-129; al-Sāʿih, *Ḥaḍāra*, 203, 204; Ḥarakāt, *al-Maghrib*, 372, 373.

²³ Kannūn, *Nubūgh*, I, 156-158.

This was the status of cultural life during the rule of the Almoravid and the Almohad dynasties which managed to make a considerable contribution to the cultural and intellectual renaissance in Morocco despite their differing views in many areas.

As for the Merinids, though they did not emerge from religious reformist movement but rather from a politically motivated push for power, they nonetheless had a considerable regard for scholars and people of knowledge. Their role in the cultural development of Morocco in general and Fes in particular is undisputed. "It is evident that the Merinids gave substantial support to the development of learning in Fes. They may be considered the true creators of the University of Fes. The institution of numerous establishments of learning, the madrasas, is evidence in the proof".²⁴

Despite the discontinuity in cultural and scholarly activities caused by the power struggle between the Merinids and the Almohads, cultural life flourished again once the Merinids had established their dynasty. The Merinids exceeded their predecessors in their respect for knowledge and scholars, regardless of their field or inclination. Most importantly, they did not actively discriminate in favour of, or

²⁴ Le Tourneau. *Fez*, 119. See also Weiss, *Survey*, 370; Abun-Nasr, *the Maghrib*, 21, 116. EI., V, 1150.

against any subject of learning (as had been the case with the Almoravids and Almohads), although they highly regard the Mālikī school with respect to the subject of *fiqh*. All subjects of the *Sharīʿa* sciences were taught without exception, as well as grammar, literature, philosophy and related subjects. People were also free to choose their preferred area of study and doctrine (*madhhab*), though the most dominant schools in Morocco at the time were the Mālikī school regarding *fiqh* and the Ashʿarī school regarding articles of faith (*ʿaqīda*).²⁵

Most of the Merinid sultans were interested in education and showed their enthusiasm through the construction of many luxurious *madrasas* and libraries as well as through their obvious admiration and generosity towards scholars.²⁶ This could have been for a number of reasons. Firstly, unlike the Almoravids and the Almohads, the Merinids did not have a scholarly background, and their ruling ideology was more political than religious. It could therefore be argued that they sought to make up for this in the eyes of the populace by their outward and obvious support for all fields of knowledge, religious and otherwise.²⁷ Secondly, some of the Merinid

²⁵ Kannūn, *Nubūgh* , I, 194.

²⁶ Julien , *North Africa*, 200,201.

²⁷ EI2, s.v. Marīnids ; Le Tourneau. *Fez* , 119 ; Abun-Nasr , *the Maghrib*, 116.

sultans themselves were qualified religious scholars, for example, Abū 'l-Ḥasan °Alī and his son, Abū °Inān. They both often held debating and discussion sessions presented by prominent scholars in various subjects of knowledge, in which the Sultans themselves would take part. Thus it was natural that they actively supported and encouraged learning and scholarly activities.²⁸

The Merinid era produced such a significant level of development in terms of knowledge and education in Morocco that the dynasty has come to be known as the 'State of Knowledge' among some North African historians. Some argue that the Merinid period was by far the greatest single contributor to the development of learning in the region, of all other dynasties.²⁹

Whilst this claim may be true with regard to the stage of the Merinid era which ended with the death of the sultan Abū Muḥammad °Abd al-Ḥaqq (869/1464) during al-Miknāsī's time, part of the credit for this renaissance should also go to some of the more well known preceding sultans such as Abū Sa°id °Uthmān b. Ya°qūb and his son, Abū 'l-Ḥasan and also his grandson, Abū °Inān who, besides

²⁸ Kannūn, *Nubūgh*, I, 198 ; Le Tourneau, *Fez*, 126,127.

²⁹ Kannūn, *Nubūgh*, I, 195.

their enthusiasm for learning, devoted much of their time and wealth for the sake of knowledge.³⁰

As we have seen the cultural and intellectual development of Morocco had proceeded under the reign of the Almoravids and Almohads, but due to the endeavours of the Merinids, it became more comprehensive and affected almost every village and city in the domain. Even in remote parts of the desert there were learning establishments and scholars to provide people with the opportunity for learning. Besides the centres which already existed, many more were established by the Merinid sultans, such as sultan Abū `l-Ḥasan who constructed more than ten institutions (*madrasas*) in different regions around the country.³¹

As a result, more scholars emerged, and the areas studied became richer and more diverse, especially with respect to the *sharī`a* sciences in general and *fiqh* in particular. Extensive studies in this subject were carried out and numerous works were produced by the *fuqah ā`*, some of whom excelled in the production of *furū`* works. These include `Alī b. `Abd al-Ḥaqq al-Zarwīlī (d.719/1319), Abū `l-`Abbās Aḥmad b. Qāsim al-Qabbāb (d.779/1377) and Abū `Abd Allāh Muḥammad b. Qāsim al-Qawrī (d.872/1467).

³⁰ Kannūn, *Nubūgh*, I, 198 ; Julien, *North Africa*, 200,201.

³¹ Bin`abdillāh, *T`rīkh al-Maghrib*, 156.

In addition, study sessions were available in the mosques to ordinary non-academics, including women, who did not have access to a scholarly education. Such activity bore fruit in people's increased interest in cultural affairs and in their general social behaviour. The city of Fes was described as "Baghdād al-Maghrib" and its occupants were described as intellectual and elegant people.³²

The golden decades of cultural life in Morocco were during the era of the sultan Abū 'l-Ḥasan and his son Abū 'Inān of the Merinid dynasty. After Abū 'Inān's era, the development of learning suffered various setbacks which led to periods of its decline. One of these setbacks was the struggle for power and the resulting instability during the era of the viziers which reduced the level of government support that the educational establishments had enjoyed.

The second impediment was the Portuguese occupation of the Moroccan coasts. Since the conquest of the city of Ceuta in 818/1415 by the Portuguese forces, the religious scholars took the lead and became heavily involved in the campaigns against the occupiers. On many occasions the scholars gave up their teaching

³² al-Marrākeshī, *al-Mu'jib*, I, 290; Kannūn, *Nubūgh*, I, 199,200; al-Kattānī, *Fās*, I,59; al-Tāzī, *al-Qarawiyyīn*, II, 402.

and joined the fighters. Likewise many students left the learning establishments for the battle fields.

There was another major hindrance that affected academic activity in Morocco and that was the loss of a considerable number of people, among whom were scholars and students, to the epidemics which hit the country on many occasions, especially in 846/1442. Moreover, because of the economic crisis, the authorities in Fes used many of the funds belonging to the al-Qarawiyyīn *madrasas* for military purposes which left the learning centres with very little financial support, specially during the Wattasid era.³³ This had made the institutions unable to admit as many students as they had previously done, or to provide them with the help that they needed, since many of them had come from other regions and relayed on such help to complete their studies.

Such was the state of intellectual life in Morocco during the declining stage of the Merinid dynasty in which al-Qāḍī al-Miknāsī was born and lived. Nonetheless, al-Qarawiyyīn and its *madrasas* in Fes continued to be the main source of education with a high reputation even through its difficult times. Many biographical and historical works tell how the institution was always busy with those

³³ al-Nāṣirī, *al-Istiqṣāʾ*, IV, 101.

engaged in all manner of academic pursuits covering a wide range of subject areas. During this time al-Qarawiyyīn played host to a large number of eminent scholars. From among these were: The Jurist and *muftī* °Abd Allāh b. Muḥammad b. Mūsā al-°Abdūsī (d.848/1444) and his uncle Abū °l-Qāsim Ibn Mūsā al-°Abdūsī, both of whom were members of the al-°Abdūsī's family, a well known scholarly family in Fes. Also, there were Abū °Alī al-Ḥasan al-Maqhīlī a well known *faqīh* and lecturer in al-Qarawiyyīn (d.864/1459), Abū °Abd Allāh Muḥammad b. Qāsim al-Qawrī (above), a scholar of *fiqh* and one of al-Miknāsī's masters, and Abū Fāris °Abd al-°Azīz al-Wiryāghlī, (d.876/1471) the judge and the orator of al-Qarawiyyīn Mosque who led the revolt which ended the rule of the sultan °Abd al-Ḥaqq II in Fes in 869/1464. These and many others, including al-Qādī al-Miknāsī, played a vital role in the continuation of scholarly activity in Fes.³⁴

Before we come to the end of this chapter, we would like to draw the reader's attention to another area of learning which existed in the region for many centuries, namely Sufism. This kind of cultural education had played an important role in Moroccan social, political and intellectual life.

³⁴ al-Tāzī, *al-Qarawiyyīn*, II, 412-414.

It is not our intention to discuss the background of Sufism and how it came to the western Muslim countries since this is not the purpose of this work. However, we would like to provide the reader with some idea of the development of Sufism in Moroccan culture, and its impact on Moroccan society throughout the Merinid reign, and especially during al-Miknāsī's time.

Sufism as a culture was not known in the further Maghrib until the Almoravid era. However, ever since Islam first came to the region, there existed devotees known as *awliyā'* (holy men) who practised various methodologies very similar to Sufism which was as yet unknown even to them. Although they had no followers as such, they were honoured and respected by the public.

From the eleventh century, the Sufis and Sufism had become widely known in Morocco and Andalusia. Their methods and principles were generally in line with the rules of *Shari'ah*, and were on the whole different from those of the Sufis of the eastern Muslim countries which were based around philosophy and *'ilm al-kalām*. Therefore, there had not been any significant conflict between the Sufis and the *fuqahā'* in western Muslim regions until the appearance of al-Ghazālī's book, *al-Iḥyā'*, which was highly

controversial and not acceptable to some *fuqah ā'* in the region at the time.³⁵

Despite the resistance of certain *fuqah ā'* Sufism eventually found some levels of acceptance amongst certain networks of scholars. However, its exponents still found themselves to be the objects of hostility from some *fuqah ā'*. This is particularly exemplified by the story of two vocal Sufis from Andalusia named as Ibn al-°Arīf and Ibn Barrājan, who were called to the city of Marrakesh by the sultan, probably on the advice of some of the *fuqah ā'* after publicly criticising the relation between the *fuqah ā'* and the sultan °Alī b. Tāshfīn. The city of Fes had also witnessed some prominent Sufi activists, among whom was °Alī b. Ḥirzihim (d.541/1146) who became noted as a supporter of the al-Ghazālī form of Sufism after having met al-Ghazālī in his youth. Ibn Ḥirzihim too had to withstand Almoravid hostility.³⁶

Due to the Sufis and their students the Sufi culture started to establish itself in the form of what is known as a religious brotherhood (*ṭarīqa*), which played an important role in the intellectual life of Moroccan society during the Merinid era and

³⁵ °Abd Allāh al-Talīdī, *al-Muṭrib*, 31,32; Ḥasan °Alī, *Ḥaḍāra*, 476.

³⁶ Abun-Nasr, *the Maghrib*, 85.

afterwards. One of the best known masters of the Sufi movement was Abū Madyan Shu‘ayb Ibn al-Anṣārī, who when still a youth emigrated from Andalusia to Morocco where he acquired his education. He then settled in Bijāya where he established his own Sufi gathering place (*zāwiya*) and became known as a Sufi scholar. His student ‘Abd al-Salām Ibn Mashīsh was also a well known Sufi scholar. In turn, his student, Abū ‘l-Ḥasan al-Shādhilī was also well known, establishing the Shādhilī *ṭarīqa*, which became known in many Muslim countries and also had many branches under different names.³⁷

During the Merinid era Sufism had grown more distinguished, especially during al-Miknāsī’s life time when it coexisted alongside orthodox Islamic teachings. A famous Sufi teacher emerged at this time by the name of Muḥammad al-Jazūlī originating from Jazūla a Berber tribe of Sūs. “He spent several years in Fes, where he wrote *Dal‘ā’il al-khayrāt*, a widely read manual of Sufi teachings ... Since then an important religious cult grew from the veneration with which al-Jazūlī was held even after his death”.³⁸ Also some Sufi *ṭarīqas* branched out in the area. This was again a time during which

³⁷ Ḥarakāt, *al-Maghrib*, 322,323.

³⁸ Abun-Nasr, *the Maghrib*, 207.

Sufism, as practised in the region, was developing in a way that was more and more at odds with orthodox Islamic practices.³⁹

The main gathering and learning place for the Sufis and their followers was the *zāwiya* which was originally known as a lodging place for the poor and for travellers from among whom were some Sufis. It then developed into a learning area for Qur'ān and *sharī'a* sciences along side its original purpose. Many of these *zāwiyas* were built by the Sultans who supported them with continual donations and even supplied them with maintenance workers.⁴⁰

As the Sufi *ṭarīqas* became more prominent many Sufis established their own *zāwiyas* where they would receive their students and followers who would come to learn the Sufi teachings. Also during al-Miknāsi's era, the *zāwiya* played a significant role with regard to fighting against the Portuguese occupation. As well as their main purposes of gathering and learning *zāwiyas* became the head quarters and the recruitment centres of the fighters.⁴¹

³⁹ Al-Ghunaymī, *Mawsū'a*, III, 93.

⁴⁰ Al-Māhī, *al-Maghrib*, 200,201.

⁴¹ Al-Ghunaymī, *Mawsū'a*, III, 94 ; Kannūn, *Nubūgh*, I, 64.

Although the advantages of Sufism were undoubtedly important as it had greatly influenced the cultural life of Morocco and brought many people to the path of the Islamic faith, along side its role in defending the country against its occupiers, many of the *fuqah ā'* from al-Miknāsī's time and before argued that it had a grave disadvantage. This appeared in its effect on the belief (*'aqīda*) of the common people who lacked religious education. These people came to strongly believe that the senior Sufis or *walis* had access to divine knowledge, for instance, knowledge of future events which is distinctly against *Sharī'a* doctrine.⁴²

Al-Miknāsī and Sufism

With regard to al-Miknāsī's stand towards Sufis and Sufism, we do not have concrete evidence from which we can clearly define a point of view. However, we believe he had some sympathies towards Sufis, and we base this conclusion on the following. Firstly, at the beginning of the text being edited, (page, 2), al-Miknāsī cites a story passed on through oral tradition as an explanation to a prophetic *ḥadīth*. Its imaginative structure strongly suggests that it originates from a Sufi source since Sufis were known to utilise imaginative stories in order to strengthen and help explain the spiritual side of their doctrine. By making use of such a story, al-Miknāsī, shows at

⁴² Al-Ghunaymī, *Mawsū'a*, III, 94 ; Ḥasan 'Alī, *Ḥaḍāra*, 479,480.

the very least, an openness to Sufi tradition. Secondly, the historian Aḥmad al-Nāṣirī in his book (*al-Istiḳṣā'*) has indicated a story about a Sufi named Abū Muḥammad al-Ghazawānī who was a contemporary of al-Miknāsī. Having become a prominent and well respected Sufi in the northern part of Morocco, al-Ghazawānī came to the attention of the sultan who feared his influence and who summoned him to the city in order to place him under restriction. Upon reaching Fes, al-Ghazawānī met al-Miknāsī who mediated with the sultan on his behalf. As a result, the Sufi was invited to the palace and was allowed to settle freely in the city rather than being sent to jail⁴³. This instance indicates a degree of sympathy on behalf of al-Miknāsī towards Sufis.

Given this environment and the lack of any material within al-Miknāsī's work directly refuting Sufi doctrine, it seems likely that al-Miknāsī, at minimum, co-existed tolerantly with the Sufis.

⁴³ Al-Nāṣirī, *al-Istiḳṣā'* 'iv, 144-146.

CHAPTER IV

The book

of

al-Tanbīh wa'l-i'ālām

The manuscript

There are many copies of the manuscript of *al-Tanbīh wa'l-i'ālām* dispersed throughout many libraries in various European and North African countries especially Morocco. This has made it very difficult to obtain all the copies. However, we made every effort to gather as many copies as possible and finally we succeeded in gaining five copies. One copy from the British Library in London, (number 9547) , the second from the Escorial in Spain (number 468) , the third from the National Library in Tunisia (number 2892) and the remaining two from the General Library of Rabat in Morocco under the numbers 1412 and 1703.

Apart from some mistakes and minor omissions all the copies are in reasonable condition. In order to provide more information about these copies we present a description of each of them.

The British Library copy consists of 129 folios with twenty-eight lines per page, at the end of every other page there is a catchword to insure the continuity of the text. It is written in the old Maghribī style of handwriting with very little space, but is still clear and legible. There are some mistakes and omissions on several pages throughout the text. There is no mention of the date of writing, but the ms. bears on the first folio a statement of ownership dated 1107/ 1695.

With regard to the Escorial manuscript, there is a possibility that it is a direct copy of the original manuscript. This is based on the statement made by the copyist on the first page of folio thirteen, which reads; 'these are the sources of this collective work recorded in the author's handwriting'. Furthermore, this ms. includes the fewest mistakes and omissions since corrections frequently appear on the page margin indicating that it has been collated either from the original ms. or from another authentic copy. It contains 235 folios with twenty lines per page. It is written in the *naskh* style of handwriting, bearing Maghribī characteristics with wider spacing making it easier to read. Again its date is not known.

The manuscript that we obtained from the Tunisian National Library is composed of 68 folios with thirty-three lines per page . At the end of every other page there is a catchword to confirm that the text is in the right order. It is written in the *naskh* style of handwriting using a thin nib, and because of its compact appearance it is difficult to read. It also contains mistakes and omissions on various pages throughout the text. On the last folio the copyist had asserted the date as the beginning of Muḥarram 1243/ 1827.

The last two mss. which have been obtained from the general library of Rabat, bear certain difference from each other. Both are written in *naskh*, again using a thin nib with very little space . The two mss. are difficult to read and both include many mistakes and omissions. Their number of folios and page lines differ. There are 57 folios with thirty-eight lines per page in the first, while the second consists of 127 folios with an average of twenty-five lines per page. To confirm the continuity of the text, both copies have the catchword at the end of every other page . The date for the first ms. is clearly stated on the last folio as the 23rd of Sha^cbān 1199/ 1784 whilst the date of the second is not clear.

It may be of use to note here that a copy of the first folio of each manuscript is annexed to the thesis at the beginning of the Arabic text in the following order: the British Library copy, the Escorial

copy, the copy from the National Library of Tunisia and the last two are from the General Library of Rabat.

The title of the book

Usually books written during al-Miknāsī's era have a clear title stated by the author or copyist. In the case of some books however, there is no set title and the work is referred to by different names such as "the ms. being edited here" which makes it difficult to know which title had been intended by the author.

This particular work is commonly known as *Majālis al-qāḍī al-miknāsī* and some times *al-Majālis al-miknāsīyya*, but academic works often refer to it by three different names: *Majālis al-quḍātī wa 'l-ḥukkām fī 'l-aḥkām*, *al-Tanbīh wa 'l-i'ḥām fīmā aḥḥu 'l-muftūn wa-ḥakam bihi 'l-quḍāt minā 'l-aḥkam* and *al-Tanbīh wa 'l-i'ḥām fī mustafādi 'l-quḍātī wa 'l-ḥukkām*. All these three titles are mentioned in many biographical works, though none of these works provide any proof to confirm which was given by the author.¹ However, we intend to adopt the third title; *al-Tanbīh wa 'l-i'ḥām fī mustafādi 'l-quḍātī wa 'l-ḥukkām* since it is given at the beginning of the Escorial ms. and therefore appears more authentic.

¹ Ibn Zaydān, *ṭhāf*, III, 599; Makhlūf, *Shajara*, 275; Al-Kattānī, *Salwa*, II, 81.

A brief over view

The subject matter of *al-Tanbīh wa 'l-i'ān* is Islamic jurisprudence according to the Mālikī school. It begins by drawing attention to the importance of justice and the judiciary in Islam, and to the consequences for judges on the Day of Judgement according to the Qur'ān and *ḥadīth* should they lapse in their duties. There is also a mention of the *sharī'a* conditions and qualities demanded of a judge in order for him to be qualified for the position. In relation to this, there are some moral instructions that the judge should observe in order to keep himself away from corruption. A considerable number of procedures and rules which must be put into practice before and during the session by the judge and his assistants have also been presented in the text.

However, the bulk of the material is a collection of legal cases and their rulings covering various issues over which the author had presided during his judicial career. Among these are cases pertaining to personal matters such as marriage, divorce, maintenance, custody of children and the like. There are also interpersonal matters, for example commercial dealings, renting, lending and so forth. Many other issues are included under different titles.

Generally speaking, two methods of introducing cases are present in al-Miknāsī's work. In the first, a specific case is introduced for

example, on page 35, he begins by saying "*da^cwā bayna rajulayni*" and goes on to relate the lawsuit scenario. An equivalent means of introduction is "*q āmatimra'atun mushtakiyatun bayna yadayy al-q ādī*" page 90. In the second form, the case is introduced more generally as if it were a rule or lesson to be applied by the reader in a given sequence of events. For instance, the opening of a case on page 31 starts with "*fa'idh ā idd^cā rajulun nik āhaimra'atin*" or similarly "*fa'ini 'ishtar ā rajulun shajaratan*" on page 111. Despite a conciseness which appears to be the general feature of the book, the reader will find some cases branch out into other related ones which often go into more detail.

Structure of *al-Tanbīh wa 'l-i'ḥlām*

With regard to the forms of *al-Tanbīh wa 'l-i'ḥlām*, the author starts with a short introduction and the rest of the text is presented in four unequal parts which he names *majālis*. The first three of the *majālis* constitute section one of *al-tanbīh wa 'l-i'ḥlām*, which is mainly about justice and judiciary in Islam. They are very short compared with the fourth *majlis* and comprise only a small amount of information under six sub-titles. The fourth *majlis* is the largest and constitutes the second section of the book, holding most of the material. It consists of thirty-seven chapters and sub-chapters covering a sizeable proportion of the *furū^c* of Mālikī *fiqh*, and each chapter comprises a number of cases along with their rulings which are at times indistinguishable from one another. If we segment issues

addressed in the text into three varieties, the first variety would equate with al-Miknāsī's first section which, as I have mentioned, is relatively short and consists of passages in which the author has focused on justice and the judiciary in Islam. It is also marked with an emphasis on the seriousness of this issue as the author has cited a number of Qur'ānic verses and prophetic traditions which are connected to the subject. As well as discussing the required characteristics of a judge, there are also put forward many recommendations and instructions to be observed by both judges and public notaries. The second variety which comes into play in the fourth *majlis* includes a large number of legal issues and it is here that cases pertaining to personal matters are dealt with. These include marriage contracts, dower, divorce, maintenance, child custody and other related matters. During the discussion of these issues the author includes in his work a great deal of legal opinions of the *fuqah ā'*. The third variety, again located in the fourth *majlis* deals with different objects under various titles of transactions and mutual relations such as contracts, obligations and other connected matters. Similarly to the preceding variety, this also comprises very many legal cases along with their rulings, besides a considerable number of jurists' legal opinions.

Finally, the author presents the concluding chapter entitled *al-jāmi'* in which he updates the work by introducing new cases that had occurred after he had finished the main body of his text.

Al-Miknāsī's treatment of the above outlined areas of *fiqh* demonstrates his focus on the legal issues which are based on real events as opposed to hypothetical cases. This is illustrated at the beginning of his work as he states in his short introduction that he had intended to include in his work those legal cases which had actually been dealt with by judges. With this definition the author has distinguished his work from other traditional *fiqh* compositions which tend to adopt theoretical solutions for hypothetical problems. Rather, al-Miknāsī devoted his attention only to applied legal matters, and did not stray into contemplation of theories but held his attention to court sessions and their rulings. This focus on practical legal affairs is evident in his use of quotations. As was his habit when quoting other texts, he merely selected legal opinions without being carried away by other details.

Bearing in mind that al-Miknāsī's discussion of the relevant areas of *fiqh* is made through the presentation of actual cases, the following example will illustrate how he broached these cases. Under the chapter regarding *nikāḥ* there exists, among various legal cases, the case (page 31) in which al-Miknāsī opened the case with a dictation of the required court procedures, and then presented the actual matter; a couple who got married, but moved to a new area before consummation. As the man wanted to consummate the marriage he went to the *qāḍī* of their new town to confirm their marriage in court

whereupon the *q ādī* called the woman to confirm the man's claim, which she did. With regard to the case ruling, al-Miknāsī said that since the couple were new to the area and not known to the community their circumstances were taken into account and the marriage approved.

In the *buy ū^c* chapter which includes a great many cases, a lawsuit is related regarding a disputed sold property (page 97). The author broached this matter by stating firstly the parties' claims and then the judicial decision after their having examined the evidences. In this case he again provided a number of relevant opinions of the *fuqah ā'* on which the judge would rely in coming to his verdict.

Regarding the author's method of opening his chapters he would, at times, follow the title with an immediate presentation of legal cases as in the beginning of chapters (*zih ār* page 70, *il ā '72*, *li^c ān* 74, and *hid āna* 90). While in some others he starts by reviewing the scholars' *fatw ās* about the theme before examining the actual legal issues, for example, the start of chapters (*wak āl āt* page 151, *ghaṣb* 167, *taḍmīn al-ṣunn ā^c* 176, and *al-ju^cl* 182). In order to establish the legal back ground of such cases he occasionally cites a Qur'ānic verse or prophetic tradition although this does not occur frequently.

If we have agreed above that al-Miknāsī had been educated in al-Qarawiyyīn and had later lead his life as a scholar and a judge exercising Mālikī *fiqh* in Fes, - a city which had been the centre of learning and where the Mālikī doctrine had undergone a remarkable degree of development, - then we should also agree that *al-Tanbīh wa 'l-i'ṭām* must be one of those works which represent the judicial practice of Fes (*al-ʿamal al-fāsī*). This is evident throughout *al-Tanbīh* since the author has on many occasions referred to judicial practice (*ʿamal*) as a valid contributory factor in rulings. For example, in a case (page 201) regarding an argument between a land lord and tenant, al-Miknāsī refers to a Fes practice which he seems to be in favour of (see last section of chapter one for *ʿamal*).

The book as a source of other information

Through the presentation of *fiqh* rules and court procedures which are the main focus of al-Miknāsī's text, we are able to appreciate a wealth of information about different aspects of life in Morocco at al-Miknāsī's time ranging from social to economic affairs.

Here we offer some examples of this. Concerning the social environment, women's position in society, which is a useful indicator of a society's makeup, is suggested in a number of cases, and the following examples shed some light on the matter.

One case (page 54 Arabic text) regards the honouring of a condition that had been granted in the marriage contract to allow a wife to exchange visits with her relatives without objection from her husband. If the husband prevents her from utilising her right of visiting, she has the right to divorce him. With respect to the debate about such a case, al-Miknāsī has recorded in his text that if the husband denies that such a condition exists in the marriage contract and is able to refute her evidence of the claim, the *qāḍī* then would disallow her claim and bind the husband to the usual practice of visiting according to *‘urf* of their community. Al-Miknāsī also said that if there is no such *‘urf* then according to the legal opinion of Mālik the wife should be allowed to visit her relatives once or twice a month but not every week.

Further to the case, if the husband takes an oath preventing his wife from visiting her parents, the rule in Mālikī *fiqh* is that he should not be forced to break his oath, but he must be forced to allow her parents to come to visit her. On the other hand if the husband takes an oath preventing both sides from visiting each other, the jurist al-Jazīrī (d.585/1189) said that he should only be forced to allow her parents to come to visit her and not vice versa. However, al-Jazīrī has opposed other jurists who suggest that the husband should be forced to break his oath in any respect. With regard to a wife's small children from her ex-husband she should be permitted to receive them everyday if they are very young or once a week if otherwise.

Besides the legal view, in this case there is an indication that the woman's right to keep a close relationship with her relatives, especially her parents and children was protected by the Māliki application of *sharīʿa* law and was not left to the husband's discretion or mood which may deprive her of that right.

As to a woman's right to live a comfortable marital life and not to suffer mistreatment (*ḍarar*) from her husband or his parents, al-Miknāsī recorded in the text (page 56) that if a wife complained of *ḍarar* due to living with her husband's parents she should be granted her own accommodation, whilst according to Mālik's opinion a husband is not allowed to keep his wife at the same house as his parents. Al-Miknāsī added that if a wife complained of *ḍarar* caused by her husband, the *qāḍī* should consult their neighbours of a trustworthy character and act according to their testimony. If the neighbours confirm the *ḍarar* the husband would be liable to receive the *qāḍī*'s punishment for inflicting such *ḍarar* upon his wife. Simultaneously, if the husband was the one who had suffered *ḍarar*, al-Miknāsī said he should be allowed to discipline his wife in a domestic surrounding if he is of an honest character, otherwise she should be disciplined by some honest women. In the event of the *qāḍī* being unable to clarify the situation he should send arbitrators whose job would be to either reconcile the couple or separate them, as was the case between *al-faqīh* al-Wiryāghlī the orator of al-

Qarawiyyīn and his wife which al-Miknāsī has made a particular mention of in his text (page 57), saying that they were separated in the presence of the jurists at the time and the emir of the state. It is clear that in such cases the onus was on a co-operative effort between the *q āḍī* and the community in order to keep the marital home intact and prevent the family from falling apart for the general benefit of society.

Child care is also one of the social matters discussed in al-Miknāsī's text, for example, in one case (page 90) a woman had requested that the *q āḍī* grant her custody of her grandchildren because of their mother's death. Al-Miknāsī recorded that the *q āḍī* complied with the woman's request after giving the father a chance to present any reasonable objection and receiving none. The woman was also granted an adequate maintenance from the father consisting of foodstuffs and money towards other necessities for the children. Concerning the same case, al-Miknāsī raised the question of whether the father would be able to object against the children being with their mother under the custody of their grandmother if the mother was alive but divorced and not legally fit to be a custodian of the children. He reported a debate among the Māliki jurists about the matter, for example, Ibn Hishām (d.530/1135) reports on the authority of Ibn al-Mawwāz (d.269/882) that a grandmother is not permitted to live with the children's mother in the same place if there is any objection from the father, and the same opinion was adopted

by Ibn al-^ʿawwād (d.509/1115). But Saḥnūn, however, permitted the custodian to live with the children's mother and ruled that the father would have no say in the matter. It is likely that Saḥnūn in his decision was concerned with the children's need not to be deprived of their mother's care as long as it is possible.

Women managing their own financial affairs was common practice in the Moroccan society, during al-Miknāsī's time, although sometimes a woman could fall victim to fraud or be swindled in a sale because of her lack of experience, and this is evident in al-Miknāsī's text. For example, there is a case (page 118-119) in which a woman is shown to have directed her own land sale, but wanted to nullify the sale agreement claiming that she had not been given the proper value having not seen the land before sale and because she had had no experience with such transactions. Although, it is confirmed in the case that the sale price was well below the proper value of the land, al-Miknāsī did not permit the woman to nullify the transaction as long as she was regarded as a competent person, referring his decision to a legal opinion by the jurist Ibn al-Ḥājj (d.529/1134). At the same time he said that a *q āḍī* may comply with such a request according to the legal opinion of Māliki jurists in Baghdad which takes into account the swindle in a sale if it equals a third or more of the property's actual value. Nevertheless, al-Miknāsī did not illustrate why the woman should not be allowed to nullify the

sale agreement despite confirming that the sale price was below the actual value of the property.

As to women's academic position in Moroccan society it is evident that Moroccan women were not deprived of equal access to learning. This is mentioned in al-Miknāsī's text (page 229).

Although he did not provide a great deal of information in the text regarding this matter, al-Miknāsī confirms in a short sentence that the *q ādīs* at the time used to establish centres where women could be educated². Among the key responsibilities of a *q ādī* was to oversee the implementation of *sharī'a* rules within the society. The education of women regarding the *sharī'a* must therefore have been considered vital in ensuring that all within the society maintained an acceptably Islamic level of conduct.

There are also social problems which the author has mentioned in the text (page 14) such as the case of a divorced couple who had illegally remarried after their definite divorce. They were able to deceive the public notary by pretending that they had lost their marriage certificate which contains the registration of their definite divorce, but were later exposed, their marriage being nullified and punished. The punishment chosen is not specified in the text, although it would not have been the adultery punishment.

² See Kannūn, *Nubūgh*, I, 212.

In another case (page 72) a different social problem was reported by al-Miknāsī concerns a family matter. Here a married man had had a quarrel with his mother in law about some necessities regarding the marital home, which provoked him into saying "your daughter is unlawful to me as my mother's stomach" . Although the man's words technically constitute *zih ār*, al-Miknāsī was of the opinion that the circumstances of the man's oath should be taken into account.

Although these circumstances indicate that he had no intention of *zih ār*, al-Miknāsī does not offer a definite ruling as to whether *zih ār* was valid and binding in this case. Apart from the turbulence of these particular families' situations and the legal points raised, these cases offer by extension some insight into the general structure and nature of family life and norms of the time.

With respect to the economic environment, the bulk of the material included in the text is concerned with issues related to economic matters, either directly or indirectly. Through some of the cases involved we can shape an idea of the economic relationships within the society at the time and the *q ādīs'* consideration of the people's economic circumstances. For example one case (page 110) reveals the people's method of transaction in certain goods and the type of disputes that occurred. In this case a man submitted his goods to the middleman in the market to sell on his behalf. After the sale had been agreed the buyer wanted to show the object to someone else to get

more advice, which the owner permitted. As the buyer came back to pay the value, the owner had already changed his mind and sold the goods to another buyer for a higher price. Concerning the legitimacy of the owner's withdrawal from the first agreement al-Miknāsī reported that according to Mālik's opinion the first sale is binding and the owner should not be allowed to withdraw from it. By preventing people from being unreliable in their dealings with such ruling the *q āḍī* would help trade relations to become stable among the society.

In a further case (page 116), a dispute rose among people who owned a house as a joint property whilst it was under occupation by some of them. Because the property was indivisible and the non-occupiers in the group had not been able to benefit from their ownership, they wanted to sell it, and in order to put it on the market the property had to be vacated. The occupier-partners however, refused to leave. Regarding the ruling on such a case, al-Miknāsī recorded that according to an early legal opinion of Māliki jurists and the judicial practice at the time, such a disputed property should be vacated and sold empty. It appears that, in ruling on the case the economic circumstances of the parties involved took priority over living arrangements. Here, the *q āḍī* 's ruling focused on the need to maximise the value of the disputed property.

On the same issue of protecting people's economic interests, another case is presented (page 229). The case concerns the building of a bakery and public bath near a residential property, thus potentially lowering the market price of the latter property. Māliki scholars have differed on whether or not the residential property owner has the right to prevent activities that may affect the price of his property.

In another case (page 205) concerning a business issue, questions are raised when a tenant puts forward an argument about his liability towards his landlord, after he had lost his business due to a decline in the number of customers in the area because of dissension or famine. According to Ibn Ḥabīb (d.238/853), this is an acceptable excuse for invalidating the tenancy, Ibn Rushd also gives the tenant the choice either to keep the tenancy or nullify it unless his complaint only comes after the end of the agreement in which case he would be liable to pay the rent for the whole period. Ibn Rushd was more precise in his legal opinion as he prevented the tenant from complaining after the end of the agreement.

Also mentioned in al-Miknāsī's text (page 234) are environmental problems such as the public health hazard created by people making lavatories in unsuitable areas in the city of Fes creating a problem when rain water washed the pollution into the streets. Al-Miknāsī added that the hazard was stopped by a court ruling binding the owners to close every access leading to those areas.

In another case (page 235) related to environmental problems, an owner of a ruined building located in a residential area had left it open to the public who used it as a dumping ground for their waste material. One of the neighbours complained to the owner that his house was affected by the refuse, but the owner denied any responsibility for the matter. As to the ruling, al-Miknāsī reported on the authority of al-Burzulī, two different legal opinions. The first held the owner responsible and bound him to remove the refuse, the other opinion holds the neighbours, who were dumping their refuse in the property responsible for its removal.

From the above mentioned examples and other cases located in al-Miknāsī's text, the reader will appreciate the level of information available to him. As a result of the legal matters presented in this text, we are able to draw forth a fair amount of information regarding social and economic matters.

Observations regarding the book

It is evident that al-Qāḍī al-Miknāsī composed this work knowing that practitioners and academics concerned with the working of *furūʿ* of *fiqh* notably the *nawāzil*, were in need of such a work. Thus he produced a more inclusive work by compiling as many legal matters as he could assemble along with rulings and legal opinions.

1. Upon discussing an issue, the author often then expands on possible variations of the situation and discusses related juridical points, quoting the opinions of other *fuqah ā'*. This goes on in almost every case, and in some cases it is confusing.
2. Besides the numerous issues that cover a variety of personal and interpersonal matters, the book is filled with the opinions of the *fuqah ā'*, since the author usually cites their *fatw ās* in support of his judgement on a case. This has enriched the text with an abundance of legal opinions.
3. In spite of the confusion caused by expanded discussion on some issues, the book in general is accessible and not very difficult to understand, especially for the reader who is familiar with the subject.

Sources of the book

In the manuscript there is a mention of a considerable number of sources of Mālikī *fiqh* on which the author depended for his work *al-Tanbīh wa 'l-i'ṭām*. Only a few of them are printed. The rest are either still in manuscript form or are unavailable and may not be in existence. Among them are the following:

1. *Al-Bay ān wa'l-taḥṣīl*, written by Abū 'l-Walīd Ibn Rushd al-Qurṭubī (d.520/1126). This is a commentary on *al-Mustakhrāja* by Muḥammad al-°Utbī al-Qurṭubī (d.255/ 868) another main source of Mālikī *fiqh*, which is also a collective work of the answers of Ibn al-Qāsim and other students of Mālik to different cases that cover various issues in the *furū°* of *fiqh*. Ibn Rushd in his work *al-Bay ān* has discussed and commented on all the matters that have been raised in *al-Mustakhrāja* and presented them with further illustration. This source has been printed.

2. *Fat āw ā* Ibn Rushd. compiled by Abū 'l-Walīd Ibn Rushd the above mentioned. The work consists of a great number of *fatw ās* that the author issued in answer to various legal cases which he had received from judges, scholars and other people who sought his legal opinion on different matters. This source has been printed.

3. *Al-Mabs ūt*, a well known work of Mālikī *fiqh* by al-Qādī Ismā°īl al-Jahḍamī (d.282/896). This source is unavailable.

4. *Al-Majm ū°a*, one of the old premier works of Mālikī *fiqh* by Muḥammad b. °Abdūs (d.260/873). This source is unavailable.

5. *Al-Mawwāziyya*, one of the early works of Mālikī *fiqh* by Muḥammad b. al-Mawwāz (d.269/882). This source is unavailable.

6. *Al-Mudawwana al-kubrā* : This is one of the main original reference works of Mālikī *fiqh* , compiled by Saḥnūn °Abd al-Salām b. Sa°id al-Tanūkhī (d.240/854) who noted down all the answers to cases which he had presented to °Abd al-Raḥmān b. al-Qāsim a student of Imām Mālik who gave his answers according to Mālik's legal opinions. Then, Saḥnūn brought together thousands of these cases and respective answers in the work known as *al-Mudawwana al-kubrā*. As it comprehensively covers numerous issues in the chapters of *fiqh* it became the defining work of Mālikī *fiqh* and the basis for many significant works on the *furū°* of *fiqh* of this school . This source has been printed.

7. *Mu°in al-ḥukkām fī nawāzil al-aqdiya wa'l-aḥkām* ,by Ibrāhīm b. Ḥasan b. °Abd al-Raḥī° (d.734/ 1333-). This work is a collection of *nawāzil* and legal opinions according to Mālikī *fiqh* covering various issues in different chapters of *fiqh*. It is also described by Ibn Farḥūn as a highly useful book, containing a great deal of knowledge. This source is in manuscript form.

8. *Tabṣīrat al-ḥukkām*. by Abū 'l-Ḥasan °Alī al-Lakhmī (d.478/1085). This is a commentary on *al-Mudawwana al-kubrā* and a famous work which judges had always treated as an important reference. This source is in manuscript form.

9. *Al-Wāḍiḥa*. by °Abd al-Malik b. Ḥabīb al-Sulamī (d.238/853).

The material in this book is composed of *fiqh* and *ḥadīth*. It is known as one of the oldest Andalusian works of Mālikī *fiqh*. It was also a famous work which had been the subject of teaching for many centuries. This source most likely is no longer in existence, according to catalogue information, only a few remaining folios written on parchment made from gazelle hide which are kept in al-Qarawiyyīn library in Fes.

The interest of *al-Tanbīh wa'l-i'ālām* to the contemporary reader and modern scholar.

As the work concentrates on legal matters and their rulings in Islamic jurisprudence according to the Mālikī school the interest of *al-Tanbīh wa'l-i'ālām* may be summarised in the following points:

1. The book presents a great deal of practical applications of the *furū'* of *fiqh*, which are still applicable to different issues that frequently occur in Muslim societies where people continue to rely on *fatwās* to fulfil their religious obligations. Also the text steers clear of hypothetical cases and theoretical answers which can

sometimes be hard to understand. For the same reasons the book will also be a useful source for the academic who wishes to pursue their research in the field of the *furūʿ* of *fiqh*.

2. In addition to the other works on the *furūʿ* of Mālikī *fiqh*, the book can be regarded as an important contribution in this field for two reasons. Firstly, the abundance of legal opinions of the *fuqah ā'* that the author has cited on the subject (at least one or two opinions are expressed in the majority of cases). This will give the modern *mufīṭ* and the *qāḍī* a broad area of *fatāwā* enabling them to administer the applicable rulings to similar cases that occur today. Secondly, the book includes a great many quotations from sources, some of which are either still in the form of manuscripts or no longer in existence as mentioned above. Such quotations are scattered throughout the text and form a great deal of the book's material. Therefore, *al-Tanbīh wa'l-iʿlām* may be regarded as a partial substitute for the missing works.
3. Moreover, as we have seen the book can be considered as a good source of information regarding social and economic matters in Morocco at al-Miknāsī's time. Most legal cases that are included in the text reflect the life style of the Moroccan society at that time.

The editing methods

During the editing work we will focus on the following points :

We will thoroughly examine the different copies of the mss. And point out any significant differences which might exist between them throughout the whole text, e.g. missing words or paragraphs, etc. in order to produce the most complete text.

Due to the terminology used by the author and his contemporaries, many meanings are difficult for the modern reader. Therefore, we will try to explain any technical term which we believe might be difficult to understand.

All Qur'ānic verses and prophetic traditions which have been mentioned in the text will be traced back to their original sources and references given.

We will try to give a complete identification of persons mentioned by the author in the manuscript, as well as organise in the form of a bibliography all the books to which the author has referred in his work.

As it stands, the book is meant to be divided into different chapters. However, the chapters follow each other in a continuous sequence.

We shall attempt to reorganise the structure of these chapters by highlighting the beginning and end of each chapter. We will also introduce a consistent system of punctuation to this text, as it lacks such a system in its present form.

Notes of the Arabic text

al-majlis al-awwal

p. 2-5

1. E.g., Abū Dāwūd Sulaymān b. al-Ash'ath al-Sijistānī
Sunan Abī Dāwūd, (Beirut, Dār al-Fikr, n.d.), iv, *kitāb al-aqḍiya*, 4; hereinafter: Abū Dāwūd *Sunan*. Abū 'Īsā Muḥammad b. 'Īsā b. Sawra al-Tirmidhī, *Sunan al-Tirmidhī*, (Cairo, al-Ḥalabī, 1937), iii, *aḥkām*, 614; hereinafter: al-Tirmidhī, *Sunan*.
2. E.g., Aḥmad b. Sa'īd al-Nasā'ī, *Sunan al-Nasā'ī* (Beirut, Dār al-Kutub al-'Ilmiyya, 1991), viii, *adab al-qāḍā'*, 225; hereinafter: al-Nasā'ī, *Sunan*. Abū Bakr Aḥmad b. al-Ḥusayn b. 'Alī al-Bayhaqī, *al-Sunan al-kubrā*, (Ḥaydar'ābād, 1344/1925), x, *adab al-qāḍī*, 95; hereinafter: al-Bayhaqī, *al-Sunan al-kubrā*.
3. E.g., al-Bayhaqī, *al-Sunan al-kubrā*, x, *adab al-qāḍī*, 116. Abū 'Abd Allāh Muḥammad b. Yazīd b. Māja, *Sunan ibn Māja*, (Cairo, Dār Iḥyā' al-Kutub al-'Arabiyya, 1952-3), ii, *aḥkām*, 776; hereinafter: Ibn Māja, *Sunan*.

4. Al-Miknāsī had only heard it in the *majālis*, and had not come across it in writing. I too have been unable to find it in the *ḥadīth* books or other references that I have consulted.
5. E.g., al-Tirmidhī , *Sunan*, iii, *aḥkām*, 612. Aḥmad b. Muḥammad b Ḥanbal , *al-Musnad*, (Cairo, Dār al-Maʿārif, 1949), i, 366; hereinafter: Ibn Ḥanbal, *Musnad*. °Abd al-°Aẓīm b. °Abd al-Qawiy al-Mundhirī , *al-Targhīb wa l-tarhīb* , (Beirut, Dār al-Fikr, 1954), iii, *kitāb al-qaḍāʾ* , 117; hereinafter: al-Mundhirī, *Targhīb* .
6. E.g., Ibn Māja , *Sunan*, ii, *aḥkām*, 775; Ibn Ḥanbal , *Musnad*, vi, 74; Muḥammad b. °Alī b. Muḥammad al-Shawkānī , *Nayl al-awṭār min aḥādīth sayyed al-akhyār* (Beirut, Dār al-Jīl, 1992), viii, *al-aqḍiya* , 259; hereinafter: al-Shawkānī , *Nayl*.
7. Cf. Ibrāhīm b. °Alī b. Muḥammad b. Farḥūn , *Tabṣirat al-ḥukkām fī uṣūl al-aqḍiya wa manāḥij al-aḥkām*, Beirut, Dār al-kutub al-°Ilmiyya, n.d.), i, 17; hereinafter: Ibn Farḥūn, *Tabṣira* . °Alī b. Khalīl al-Ṭarābulṣī , *Muʿīn al-ḥukkām fīmā*

yataraddadu bayna 'l-khaṣmayni mina 'l-aḥkām, (Cairo, 1880), 13; hereinafter: al-Ṭarābulṣī, *Muʿīn al-ḥukkām*.

8. It is attributed to ʿUmar b. al-Khaṭṭāb rather than his son ʿAbd Allāh. Cf. al-Qurashī, *Awwaliyyāt*, ii, 560.

9. E.g., Abū 'l-Ḥasan Muslim b. al-Ḥajjāj al-Qushayrī, *Ṣaḥīḥ Muslim*, (Beirut, Mu'assasat ʿIzz al-Dīn, 1987), iv, *im āra*, 104; hereinafter: Muslim, *Ṣaḥīḥ*. Abū Dāwūd, *Sunan*, iv, *aqḍiya*, 9.

10. Qur'ān, 38, v. 26.

11. Qur'ān, 4, v. 105.

12. Qur'ān, 4, v. 65.

13. E.g., Muslim, *Ṣaḥīḥ*, iv, *im āra*, 106; al-Nasā'ī, *Sunan*, viii, *adab al-quḍāt*, 221; al-Shawkānī, *Nayl*, viii, *al-aqḍiya*, 260.

14. E.g., Abū ʿAbd Allāh Muḥammad b. Ismāʿīl b. Ibrāhīm b. al-Mughīra al-Bukhārī, *Ṣaḥīḥ al-bukhārī*, (Beirut, Dār al-Fikr,

1981), viii, *ḥudūd*, 20 ; hereinafter: al-Bukhārī, *Ṣaḥīḥ* . al-Nasā'ī, *Sunan*, viii, *adab al-quḍāt*, 222.

15. The author's version of this *ḥadīth* is not available in any of the references I have consulted, although some of the phrases used appear in some other *ḥadīths*, e.g. (*ittaqū firāsat al-mu'min*, Ibn al-Athīr, *al-Nihāya*, iii, 428).

16. Abū Sa'īd al-Ḥasan b. Yāsir al-Baṣrī (d. 110/728). On him see Aḥmad b. Muḥammad b. Abī Bakr b. Khallikān, *Wafāyāt al-a'yān wa anbā' al-zamān* (Beirut, Dār al-Thaqāfa, 1968-72), iv, 124; hereinafter: Ibn Khallikān, *Wafāyāt* . Abū 'l-Faḍl Aḥmad b. 'Alī b. Ḥajar al-Asqalānī, *Tahdhīb al-tahdhīb*, (Ḥaydarābād, 1326/1908), xi, 263; hereinafter: Ibn Ḥajar, *Tahdhīb* .

17. Cf. al-Mundhirī, *Targhīb*, iii, *Kitāb al-qadā'*, 167.

18. Masrūq b. al-Ajda' al-Hamadānī Abū 'Ā'isha al-Kūfī (d. 63/682). On him see Jalāl al-Dīn 'Abd al-Raḥmān b. Abī Bakr al-Suyūṭī, *Tabaqāt al-ḥuffāz*, (Cairo, 1948), 14 ; hereinafter: al-Suyūṭī, *Tabaqāt* . Ibn Ḥajar, *Tahdhīb*, x, 109.

19. Cf. al-Bayhaqī , *al-Sunan al-kubrā*, x, *adab al-qāḍī*, 89;
 °Alī b. °Umar al-Dāraquṭnī, *Sunan al-Dāraquṭnī*, (al-Madīna
 al-Munawwara, 1966), iv, *al-aqḍiya*, 205; hereinafter: al-
 Dāraquṭnī, *Sunan* .
20. Abū Bakr Muḥammad b. Muslim b. Shihāb al-Zuhrī al-
 Qurashī (d.125/742). On him see °Iyād b. Mūsā b. °Iyād al-
 Sabtī , *Tartīb al-Madārik wa taqrīb al-masālik*, (Beirut,
 Dār al-Ḥayāt, n.d.)i, 102; hereinafter: °Iyād , *Madārik* . al-
 Suyūṭī , *ṭabaqāt* , 42.

al-majlis al-thānī

p. 6-10

1. Muḥammad b. al-Ḥasan b. Farqad Abū °Abd Allāh al-Shaybānī (d.189/805). On him see Kaḥḥāla, *Mu°jam*, ix, 207; al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, i, 435.
2. Cf. Abū Bakr b. Mas°ūd al-Kāsānī, *Badā °i° al-°an ā °i° fī tartīb al-shar ā °i°*, (Cairo, 1909-10), vii, 3 ; hereinafter: al-Kāsānī, *Badā °i°*. Abū °l-Walīd Muḥammad b. Aḥmad b. Rushd, *al-Muqaddimāt al-mumahhidāt li bayān mā °iqṭaḍathu rusūm al-mudawwana min al-aḥkām al-shar°iyyāt*, (Beirut, Dār al-Gharb al-Islāmī, 1988), ii, 258; hereinafter: Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*.
3. According to Islamic law reaching puberty (*bulūgh*) is a prerequisite to being considered a fully legally responsible adult.
4. Abū °Abd Allāh °Abd al-Raḥmān b. al-Qāsim al-°Utaqī al-Miṣrī (d.191/806). On him see Makhlūf, *Shajara*, 58; °Iyād, *Madārik*, ii, 433.

5. Abū Muḥammad °Abd Allāh b. Wahb b. Muslim al-Qurashī (d.197/812). On him see Makhlūf, *Shajara*, 58; °Iyāḍ, *Madārik*, ii, 421.

6. Abū `l-Walīd Muḥammad b. Aḥmad b. Rushd (d. 520/1126). On him see Makhlūf, *Shajara*, 129. Carl Brockelmann, *Geschichte Der Arabischen Litteratur*, (Lieden, E.J. Brill, 1946), SI, 662; hereinafter: Brockelmann.

7. Abū `l-Aṣḥagh °Isā b. Sahl b. °Alī al-Asadī al-Qurtubī (d.486/1093). On him see Makhlūf, *Shajara*, 122; Brockelmann, SI, 661. With regard to Ibn Sahl's notion relating to the *q āḍī*'s authority see al-Wansharīsī, *Mi°yār*, x, 77,78.

8. °Alī b. °Abd Allāh b. Ibrāhīm b. Muḥammad al-Anṣārī known as al-Mattīṭī (d.570/1174). On him see Makhlūf, *Shajara*, 163; al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, ii, 226.

9. Ibn Dabbūs °Abd Allāh b. Aḥmad al-Faqīh, he was alive in (528/1133). See Muḥammad al-°Ābid al-Fāsī, *Fihris*

Makḥṭūṭāt al-Qarawīyyīn, (al-Dār al-Bayḍā', Dār al-Kitāb, 1979), i, 349; hereinafter: al-Fāsī, *Makḥṭūṭāt*.

10. Abū Muḥammad °Abd al-Wahhāb b. °Alī b. Naṣr al-Taghlabī al-Baghdādī (d.422/1031). On him see al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, ii, 204; Brockelmann, SI, 660.
11. Abū Sa°id °Abd al-Salām b. Sa°id b. Ḥabīb al-Tanūkhī known as Saḥnūn (d.240/854). On him see Makhlūf, *Shajara*, 69; °Iyāḍ, *Madārik*, ii, 585; Brockelmann, SI, 299.
12. Referring to one of the early works of Mālikī *fiqh* by Ibn Ḥabīb (below) still in manuscript form in the library of al-Qarawīyyīn in Fes. According to the library catalogue information, only a small part of this work remains, a segment from the first volume. See *Nawādir makḥṭūṭāt al-Qarawīyyīn*, 33.
13. Abū Marwān °Abd al-Malik b. Ḥabīb al-Sulamī al-Qurṭubī (d.238/853). On him see °Iyāḍ, *Madārik*, iii, 30; Makhlūf, *Shajara*, 74.

14. Shihāb al-Dīn Abū 'l-°Abbās Aḥmad b. Idrīs al-Qarāfī al-Ṣanhājī (d.684/1285). On him see Khayr al-Dīn al-Ziriklī, *al-A'°ām, q ām ūs tar ājum li ashhar al-rijāl wa 'l-nis ā '*, (Beirut, 1969), i, 90; hereinafter: al-Ziriklī, *A'°ām* . Brockelmann, SI, 665.

15. Cf. Ibn °Abd al-Barr, *al-Istī°āb* , iii, 460; Muḥammad b. Aḥmad al-Dhahabī *Tadhkirat al-ḥuffāz* , (Ḥaydar'ābād, 1914), i, 19; hereinafter: al-Dhahabī *Tadhkira* .

16. E.g., Muḥammad b. Zakariyyā al-Kāndahlawī, *Awjaz al-mas ālik il ā muwaṭṭa' M ālik*, Beirut, Dār al-Fikr, 1989), xii, 90; hereinafter: al-Kāndahlawī, *al-mas ālik* . Abū Dāwūd, *Sunan*, iv, *aqḍiya* , 13; Ibn Māja, *Sunan*, ii, *aḥk ām*, 777.

17. Cf. al-Qarāfī, *al-Furūq*, ii, 197, 198.

18. Abū °Abd Allāh Aṣbagh b. al-Faraj b. Sa°id b. Nāfi° al-Miṣrī (d.225/840). On him see Makhlūf, *Shajara*, 66; al-Ziriklī, *A'°ām*, i, 336.

19. Judicial practice (*mā jarā ʿalayhi l-ʿamal*) would normally have been taken into account by a *qāḍī* or *muftī* and had been a prominent feature of Mālikī *fiqh* in western Muslim countries especially in Morocco. It had also been referred to in many of the scholars' works and judges' rulings, including the work being edited here. More information on this topic is included in the English text. See end of chapter one (page 44).

20. The quality of astuteness was so crucial for a *qāḍī* that the second caliph ʿUmar used to examine his judges before appointing them. See Ghālib b. ʿAbd al-Kāfi al-Qurashī, *Awwaliyyāt al-fārūq fī l-idāra wa l-qāḍā*, Beirut, Muʾassasat al-Kutub al-Thaqāfiyya, 1990), ii, 613; hereinafter: al-Qurashī, *Awwaliyyāt*.

21. Cf. Abū Bakr ʿAbd al-Razzāq b. Hammāmal-Ṣanʿānī, *al-Musannaf*, (Beirut, al-Maktab al-Islāmī, 1972), viii, 299; hereinafter: al-Ṣanʿānī, *al-Musannaf*. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 259.

22. Abū ʿAbd Allāh Muḥammad b. Saḥnūn (d. 255/868). On him see ʿIyād, *Madārik*, iii, 104; al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, ii, 99.

23.E.g., Abū Dāwūd, *Sunan*, iv *aqḍiya* , 9.

24.Abū `l-Qāsim b. Aḥmad b. Muḥammad al-Tūnisī known as al-Burzulī (d.841/1438). On him see Brockelmann, *SII*, 347; Makhlūf, *Shajara*, 245.

25.A person who has been subjected to a legal punishment (*ḥadd*), as in the case of theft, unlawful sexual intercourse or false accusation of adultery. Such a person is considered unsuitable to hold the position of a *q āḍī* .

26.In order to retain his respect the judge must be a person of unimpeachable descent.

27.°Abd Allāh b. °Abd al-Ḥakam b. A°yan b. al-Layth al-Miṣrī (d.214/829). On him see Kaḥḥāla, *Mu°jam* , vi, 67; Makhlūf, *Shajara*, 67.

28.Abū °Amr Ashhab b. °Abd al-°Azīz b. Dāwūd al-Qaysī al-°Amirī al-Miṣrī (d.204/819). On him see al-Ḥajawī , *al-Fīkr al-s āmī* , I , 446; °Iyād, *Mad ārik*, ii, 447

29. Abū °Uthmān Rabī°a b. Abī °Abd al-Raḥmān Farrūkh known as Rabī°at al-Ra'y (d. 136/753). On him see al-Dhahabī, *Tadhkira*, i, 148; Makhlūf, *Shajara*, 46.
30. Cf. Ibn Farḥūn, *Tabṣira*, i, 23; al-Ṭarābulṣī, *Mu°in al-hukkām*, 15.
31. Abū °Abd Allāh Muḥammad b. Muḥammad b. °Arafa al-Warghamī al-Tūnisī (d. 803/1401). On him see Makhlūf, *Shajara*, 227; al-Sakhāwī, *al-Daw' al-I°ami°*, ix, 240.
32. Al-Mughīra b. Shu°ba b. Abī °Amir b. Mas°ūd al-Thaqafī (d.50/670). On him see al-Ziriklī, *A°lām*, viii, 199; Ibn Ḥajar, *al-Iṣāba*, vi, 156.
33. Yarfa' was the *ḥājib* of the caliph °Umar b. al-Khaṭṭāb as mentioned in some references, although, none of these sources has reported his full biography. On him see Ibn Ḥajar, *al-Iṣāba*, vi, 157; Ibn Abī °l-Dam *Adab al-qadā'*, 63.

34. Aḥmad b. Saʿīd b. Khalaf b. Bashtaghīr al-Lakhmī (d.516/1122). On him see Aḥmad b. Yaḥyā b. ʿUmayr al-Ḍabbī, *Bughyat al-multamis fī taʾrīkh rijāl ahl al-Andalus*, (Majrīt, 1884), 171; hereinafter: al-Ḍabbī, *Bughya*.

35. Abū Muḥammad ʿAbd Allāh b. Abī Zayd ʿAbd al-Raḥmān al-Qayrawānī (d.386/996). On him see ʿIyād, *Madārik*, iv, 492; Brockelmann, SI, 301.

36. E.g., Muslim, *Ṣaḥīḥ*, iii, *nik āḥ*, 224; Ibn Māja, *Sunan*, i, *nik āḥ*, 616.

37. Abū Saʿīd Muṭarrif b. ʿAbd al-Raḥmān b. Ibrāhīm al-Qurṭubī (d.282/895). On him see Ibrāhīm b. ʿAlī b. Muḥammad Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj al-Mudhhab fī maʿrifat aʿyān ʿulamāʾ al-madhhab*, (Cairo, Dār al-Turāth, 1974), ii, 342; hereinafter: Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, al-Ḍabbī, *Bughya*, 450.

38. Abū Marwān ʿAbd al-Malik b. ʿAbd al-ʿAzīz b. ʿAbd Allāh b. Abī Salama al-Mājishūn al-Madanī (d. 212/827).

On him see Makhlūf, *Shajara*, 56; al-Ziriklī, *Aʿlām*, iv, 305.

al-majlis al-th ālith

p. 11-18

1. Referring to *al-Mudawwana al-kubr ā*, the most known source of Mālikī *fiqh*, by Mālik b. Anas in the recension of Saḥnūn (above).
2. Cf. *al-Mudawwana al-kubr ā* , (Beirut, Dār al-Kutub al-ʿIlmiyya, 1994), iv, 13; hereinafter: *al-Mudawwana* .
3. Referring to *al-Wāḍiḥa* by Ibn Ḥabīb (above).
4. They are the witnesses and signatories to legal documents who are called *ʿudūl* and attached to the court, selected by the judge for their honesty and upright nature, (Cf. EI2, s.v. *ʿadl* . Ibn Farḥūn , *Tabṣira* , I, 31)
5. Qurʾān 43, v. 19.

6. Cf. Muḥammad b. ʿĪsā b. al-Manāṣif, *Tanbīh al-ḥukkām ʿalā mʾākhidh al-aḥkām*, (Tunisia, Dār al-Turkī , 1988), 54; hereinafter: Ibn al-Manāṣif, *Tanbīh* .

7. The one who introduces and confirms the identity of another for the benefit of the public notary, witness or court clerk. Cf. Ibn Farḥūn , *Tabṣira* , I, 43.

8. *ʿAla ʾl-barā ʾatī* and *bayʿu barā ʾatīn* are both terms that refer to a sale that is agreed upon the understanding that the seller will not be held responsible for any defect found after the sale. According to Māliki *fiqh* the two terms are in common use in all sorts of property transaction. However, these terms were mostly used during slavery transactions when some problems were not easy to spot at the point of purchase such as pregnancy. Therefore, the witnesses of the purchase are ordered to verify the condition of a slave before committing themselves as witnesses, as mentioned in the text. In such a case, a sold slave woman had to be entrusted to a third person until the verification of non-pregnancy was confirmed (a situation known as *muwāḍaʿa* , page 117). According to the text *muwāḍaʿa* was an inevitable procedure towards the sale completion in

such transaction, because the sale would not be permitted if the slave woman was found to be pregnant.

9. A witness must give in his testimony a full description of the contending parties and distinguish them by mentioning as many characteristics as possible.

10. Cf. Ibn Rushd, *Fatāwā*, iii, 1514.

11. Qur'ān 2, v. 282.

12. In this case a corner point of two walls where the bricks of each wall interlock (cf. Ibn al-Rāmī, *Aḥkām*, 276).

13. Referring to one of the premier works of Mālikī *fiqh* by Muḥammad b. Saḥnūn, (above). Known as Kitāb Ibn Saḥnūn. I have been unable to locate this source.

14. Muḥammad b. Ibrāhīm al-Lakhmī known as Ibn al-Rāmī (d. 734/1334). On him see Kaḥḥāla, *Muʿjam*, viii, 213; Brockelmann, SII, 346.

15. The work *al-Nawādir* is one of the early references of Mālikī *fiqh* compiled by Ibn Abī Zayd (above). It remains in manuscript form in the library of al-Qarawīyyīn. See al-Fāsī, *Makḥṭūṭāt*, ii, 283.

16. Abū Ishāq Muḥammad b. al-Qāsim b. Shaʿbān (d.355/965). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dībāj*, ii, 194; ʿIyād, *Madārik*, iii, 293.

17. Abū Muḥammad ʿIsā b. Dīnār b. Wāqid al-Ghāfiqī (d.212/827). On him see al-Ḍabbī, *Bughya*, 389; ʿIyād, *Madārik*, iii, 16.

18. ʿAbd Allāh b. Najm al-Dīn b. Muḥammad b. Shās b. Nizār al-Judhāmī al-Saʿdī, (d.610/1213). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dībāj*, i, 443; Brockelmann, SI, 664.

19. Abū ʿl-Ḥasan ʿAlī b. Muḥammad al-Ribʿī known as al-Lakhmī (d.478/1085). On him see Makhlūf, *Shajara*, 117; Brockelmann, SI, 661.

20. Referring to *al-Mustakhraja min al-asmiʿa*, one of the early works of Mālikī *fiqh*, which came to be known as

al-ʿUtbīyya compiled by Abū ʿAbd Allāh Muḥammad al-ʿUtbī (d.254/867). This source is included unabridged in *al-Bayʾān wa ʿl-taḥṣīl* a commentary on *al-ʿUtbīyya* by Ibn Rushd (above).

21. Abū Muḥammad ʿAbd Allāh b. Nāfiʿ al-Ṣāʿigh (d.186/802). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb ʾaj*, i, 409; Ibn Ḥajar, *Tahdhīb*, vi, 51.

22. E.g., Ibn Māja, *Sunan*, ii, 784.

23. ʿUthmān b. ʿIsā b. Kināna (d.186/802). On him see ʿIyāḍ, *Madʾarik*, i, 292.

24. Abū Muḥammad Yaḥyā b. Yaḥyā b. Kathīr al-Laythī al-Qurṭubī (d.234/848). On him see Makhlūf, *Shajara*, 63; Ibn Ḥajar, *Tahdhīb*, xi, 300.

25. Referring to *al-ʿIʿān bi aḥkām al-bunyān*, by Ibn al-Rāmī al-Tūnisī (above). This work was published as part of the second issue of the periodical *Majallat al-fiqh al-Mālikī*, 1982, Rabat.

al-majlis al-rābi^c

p. 19-30

1. Abū °Abd Allāh Muḥammad b. °Umar b. Yūsuf b.
Bashkuwāl al-Qurṭubī known as Ibn al-Fakhār
(d.419/1028). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, ii, 235;
Makhlūf, *Shajara*, 112.
2. Muḥammad b. Ḥārith b. Asad al-Khushanī al-Qayrawānī
(d.371/981). On him see Fuat Sezgin, *Geschichte des
Arabischen Schrifttums*, (Leiden, E.J. Brill, 1967-84) i,
363; hereinafter: Sezgin GAS. Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, ii,
212.
3. Once a witness is summoned to testify in court he should
be given priority and not be delayed.
4. The work *Al-majmū'a* is one of the old premier
references in Mālikī *fiqh* written by Muḥammad b.
°Abdūs (d.260/873). I have been unable to locate it.

5. A second or additional hearing of a witness testimony. (Cf. al-Wansharīsī, *Miʿyār*, x, 174). According to some Māliki jurists, this practice had been forbidden until the *qāḍī* al-Fishtālī (d.777/1376) adopted it in his court sessions and thereby set a precedent for its use. Thereafter it became regular practice.

6. The terms *Aʿdhara* :and *iʿdhār* refer to the situation in which the judge offers a contending party the opportunity to counteract or refute the legally relevant evidence that brought against him, (Cf. Ibn Farḥūn, *Tabṣira* , i, 132). This procedure indicates the presence of safeguards within the legal system to ensure the fair and thorough application of justice.

7. Muḥammad b. Aḥmad b. ʿAbd al-Malik al-Fishtālī (d.777/1376). On him see Brockelmann, SII, 346; Aḥmad Bābā *Nayl* , 265.

8. ʿAlī b. Muḥammad b. ʿAbd al-Ḥaqq al-Zarwālī (d.719/1319). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dībāj*, ii, 119; Makhlūf, *Shajara*, 215.

9. Referring to a judicial declaration of forfeiture against a contending party on the bases of that party's inability to refute an evidence or claim that is brought against him.
10. Abū Ishāq Ibrāhīm b. Ḥasan b. °Abd al-Raḥīm al-Rib°ī al-Tūnisī (d.734/1333). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, i, 270; Ibn Ḥajar, *Tahdhīb*, i, 24.
11. Al-Layth b. Sa°d b. °Abd al-Raḥmān al-Fahmī (d. 175/791). On him see al-Ziriklī, *A°lām*, vi, 115.
12. Abū °Abd Allāh Muḥammad b. °Abd Allāh b. °Attāb al-Qurṭubī (d.462/1069). On him see Makhlūf, *Shajara*, 119; al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, ii, 213.
13. The term wilāya generally means "guardianship" and can refer to a number of situations. For example a woman's marriage, according to the Māliki school, has to be authorised by her father or other guardian. There is also guardianship of a parent or other assigned elder over the affairs of a child who has not reached the age of consent, or a person who is mentally incapable of managing his own affairs.

14. Abū Muḥammad °Abd Allāh b. Sa°īd b. °Abd Allāh al-Qurtubī known as Ibn al-Shaqqāq (d.426/1034). On him see Makhlūf, *Shajara*, 113; Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, i, 437.

15. Sa°īd b. al-Musayyib b. Ḥazn b. Abī Wahb al-Makhzūmī al-Qurashī (d.94/713). On him see al-Ziriklī, *A°lām*, iii, 155; Ibn Khallikān, *Wafay āt*, ii, 375.

16. See Ibn Rushd, *al-Muqaddim āt*, ii, 192.

17. According to this rule in Mālikī *fiqh* the offender is liable to face any other claim raised by the claimant, which is related to the original offence for which he is on trial.

18. See Ibn Rushd, *al-Muqaddim āt*, 190, 191.

19. E.g., al-Tirmidhī, *Sunan*, iii, 626; al-Bayhaqī, *al-Sunan al-kubr ā*, x, 252.

20. See Ibn Rushd, *al-Muqaddim āt*, ii, 192.

21. Muḥammad b. Muḥammad b. Aḥmad b. Abī Bakr al-Qurashī al-Tilimsānī known as al-Maqqarī (d.758/1357). On him see al-Ziriklī, *Aʿlām*, vii, 266; Makhlūf, *Shajara*, 232.

22. Referring to *al-qawāʿid* by al-Maqqarī (above). Edited by Aḥmad Ibn Ḥumayd at the University of Umm al-qurā , Mecca. I have been unable to locate it as a published work.

23. Abū ʿAbd Allāh Muḥammad b. ʿAbd al-Jabbār al-Ruʿaynī al-Sūsī (d.662/1263). On him see Makhlūf, *Shajara*, 190.

24. Muḥammad b. ʿAbd al-Salām b. Yūsuf b. Kathīr al-Hawwārī al-Munastīrī (d.749/1348). On him see Aḥmad Bābā, *Nayl*, 242; Abū ʿl-Ḥasan b. ʿAbd Allāh b. al-Ḥasan al-Mālaqī al-Nubāhī, *Taʾrīkh quḍāt al-Andalus* , (Beirut, al-Maktab al-Tijārī, 1948), 161; hereinafter: Al-Nubāhī, *Taʾrīkh* ,

25. *Diyyat al-khaṭaʾ* is a payment of compensation for accidental homicide or total loss of an organ or any other inflicted injuries (Cf. al-Wansharīsī, *Īdāh*, 120).

26. The slave woman claims that she has born a child to her master.
27. A choice given to a wife by her husband either she can divorce him or keep the marital bond.
28. The term *mubār'a* is defined by Schacht (*Introduction*, 164) as "the dissolution of marriage by agreement with mutual waiving of any financial obligations".
29. °Uthmān b. °Umar b. Abī Bakr b. Yūnus al-Kurdī known as Ibn al-Ḥāḡib (d. 646/1249). On him see Kaḡhāla, *Mu°jam*, vi, 265; Brockelmann, SI, 531.
30. Cf. Ibn Farḡūn *Tabṡira*, i, 157.
31. The Holy City of Medina (in what is now Saudi Arabia) where the Prophet's mosque is situated.
32. Cf. al-Kāndahlawī *al-masālik ilā muwaṡṡa' Mālik* xii, 110-115.

33. *Raj'ā* and *irtijā'* is receiving back a wife who has been divorced, before the time has fully elapsed when the divorce becomes finally binding. If the husband withdraws his statement of divorce within the allowed time then the marriage would resume as before without the need for a new marriage contract or dower.

34. Ismā'īl b. Isḥāq b. Ismā'īl b. Ḥammād b. Zayd al-Jahḍamī (d.282/896). On him see Makhlūf, *Shajara*, 65; al-Nubāhī, *Ta'rīkh*, 33; 'Iyāḍ, *Mad'ārik*, iii, 168.

35. A wife chose to be free from the marital bond after being given the option to do so. This option is usually given by the husband himself, but the example of the case as recorded in the text is that of a married slave couple where the wife gained her freedom from slavery while the husband was away on a mission. As a result she chose to opt out of the marital bond thinking that her husband was still a slave, while in fact he had been freed before her. If she remarries there are two different Māliki opinions regarding the validity of her second marriage; one opinion regards it as valid if consummation is completed before the ex-husband has claimed the validity of their previous

marriage. The other states that if her ex-husband claims the validity of their previous marriage her second marriage must be nullified in any case because of her ignorance of his status.

al-nik āḥ

p. 31-63

1. Qur' ān, 25, v, 54.
2. E.g., Ibn Māja, *Sunan*, i, *nik āḥ*, 592; al-Mundhirī, *Targhīb*, iii, 46.
3. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddim āt*, i, 451,452.
4. Ibid. 453,454.
5. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 128.
6. It is known among the Mālikī scholars that the title *al-shaykh* usually refers to ibn Abī Zayd al-Qayrawānī (above). See Aḥmad °Umar , *al-Madkhal al-wajīz* , 14.
7. Muḥammad Abū Bakr b. °Abd Allāh b. Yūnus al-Ṣiqillī (d.451/1058). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, ii, 240.
There is no mention of *Kit āb al-ḥudūd* among his works,

hence it is most likely to be a chapter of his book *al-Jāmiʿ li masāʾil al-mudawwana* which remains in manuscript form in the library of al-Qarawīyyīn. See al-Fāsī, *Makḥṭūṭāt* i, 334.

8. Cf. Abū 'l-Walīd Muḥammad b. Aḥmad b. Rushd, *al-Bayān wa 'l-taḥṣīl wa 'l-sharḥ wa 'l-tawjīh wa 'l-ta'īl fī masāʾil al-mustakhraja*, (Beirut, Dār al-Gharb al-Islāmī, 1984), x, 106 ; hereinafter: Ibn Rushd, *al-Bayān*.

9. Ibid., xii, 131.

10. Referring to *Sharḥ fuṣūl al-aḥkām* by Abū Muḥammad ʿAbd al-Wahhāb, (above). It remains in manuscript form in the library of al-Qarawīyyīn . See al-Fāsī, *Makḥṭūṭāt*, I, 375.

11. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, x, 106.

12. Ibid., x, 107.

13. After a repudiation or the husband's death, the wife has to wait for a certain period of time before she may remarry.

This period is known as *‘idda* and is instituted by the Qur’ān which has defined it into three categories: for a widow the period is four months and ten days, and for a divorced woman either three menstrual courses, or until childbirth if she was pregnant.

14. The *qāḍī* is required to grant a contending party respite periods, but it is down to his discretion to specify their length. Respite periods granted during marriage related cases are however typically shorter than others, often due to compassionate reasons and to avoid any hardship of a female party who may not enjoy financial support during the duration of the respite, e.g. a widow or divorced woman.

15. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 174.

16. Referring to *al-Mawwāziyya*, one of the premier works of Mālikī *fiqh* by Muḥammad b. al-Mawwāz, (below). I have been unable to locate this reference.

17. Cf. Ibn Farḥūn, *Tabṣira*, i, 157.

18.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, iv, 321.

19.Hishām b. Aḥmad b. Hishām Abū 'l-Walīd (d.530/1135).

On him see Ibn Farḥūn, *al-Dībāj*, ii, 348.

20.Referring to *Mufīd al-ḥukkām fī mā ya'riḍu lahum min nawāzil al-aḥkām* by Ibn Hishām (above). It remains in manuscript form in the library of al-Qarawiyyīn. See al-Fāsī, *makhṭūṭāt*, I, 451.

21.The husband was able to prove that the woman who he had claimed to be married with is lawfully his wife.

22.Mālikī *fiqh* holds that a dower (*ṣadāq / mahr*) is essential to make an Islamic marriage lawful as it is instituted by the Qur'ān. Dower must be paid by the husband or anyone who undertakes the responsibility for paying it to the wife, even after consummation if it is not paid beforehand.

23.Muḥammad b. Yabqā b. Zarb (d. 381/991). On him see al-Ziriklī, *A'ṭām*, vii, 360.

24. A contending party is unable to refute a claim or evidence that is brought against him.

25. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, iv, 474, 475.

26. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 174.

27. Muḥammad b. °Abd Allāh b. °Abd al-Ḥakam (d.268/881). On him see al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, ii, 100, 101.

28. See Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, i, 474.

29. Al-Mughīra b. °Abd al-Raḥmān b. al-Ḥarth al-Makhzūmī (d.186/802). On him see al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, i, 444.

30. Abū °Abd Allāh Muḥammad b. Ibrāhīm al-Iskandarī b. al-Mawwāz (d.269/882). On him see al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, ii, 101.

31. See Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, i, 473, 474.

32. In such cases if a woman has remarried and consummation has taken place, her ex-husband would not be able to claim the validity of their previous marriage. Among these cases is a case (page 37 Arabic text) in which two members of a woman's family - without the knowledge of the other's act - had given her in marriage to two different men. In this case the woman legally ought to become the wife of the man who consummates the marriage first. However, there are examples of cases in which an ex-husband can successfully assert the validity of his marriage over his wife's second marriage. For example, a case exists (page 38) where a wife received the news of her husband's death whilst he was away from his home region a situation known as *al-man 'iyyu lh ā zawjuh ā* Such a case is familiar to the Māliki jurists because of its frequent occurrence especially in the middle ages. At that time a trip to pilgrimage for example would take a man a year or so from Morocco to Mecca, and was often a dangerous journey. On many occasions the traveller would not return to his home country, not due to death, but because he had settled in another country and his wife could be mistakenly told that he was dead. In this specific case, after she had remarried her ex-husband returned alive and claimed the validity of their previous marriage. The Māliki jurists had a

debate over this case. The majority were of the opinion that the ex-husband had the right to assert the validity of his marriage over his wife's second marriage because she had remarried without being absolutely sure of his death, but some of them such as Ismā'īl al-Qāḍī (d.282/896) said that once the second marriage had been consummated the ex husband would not be able to assert the validity of his marriage.

33. Referring to *al-Mudawwana*.

34. An emancipated woman who is no longer under the authority of her father or legal guardian.

35. E.g., Ibn Māja, *Sunan*, ii, 737,

36. Abū Muḥammad °Abd al-Ḥamīd b. Muḥammad al-Maqqarī b. al-Ṣā'igh (d.486/1093). On him see al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, ii, 215,216.

37. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 166.

38. Abū `l-Faḍl °Iyāḍ b. Mūsā b. °Iyāḍ al-Yaḥṣubī
(d.544/1149). On him see al-Ḥajawī, *al-Fikr al-s āmī*, ii,
223,224.
39. Abū °Imrān Mūsā b. °Isa b. Abī Ḥajjāj (d.429/1038). On
him see Kaḥḥāla, *Mu°jam*, xiii, 44.
40. Muḥammad b. Muḥammad b. Aḥmad b. Muḥriz
(d.655/1257). On him see Kaḥḥāla, *Mu°jam*, xi, 183.
41. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 177. Age is not an obstacle for a
girl or boy to be married as long as they are capable of
consummation.
42. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 176.
43. Abū Salama Faḍl b. Salama b. Jarīr (d.317/929). On him
see Kaḥḥāla, *Mu°jam*, viii, 69.
44. Referring to a scholarly opinion which deviates from the
majority position of other scholars among the school
(*madhhab*).

45. Abū `l-Qāsim °Abd Allāh b. al-Ḥasan b. al-Jallāb
(d.378/988). On him see Makhlūf, *Shajara*, 92.
46. Abū °Abd Allāh Muḥammad b. Aḥmad b. °Abd Allāh
known as Ibn al-°Aṭṭār (d.399/1008). On him see Ibn
Farḥūn, *al-Dīb āj*, ii, 231.
47. Abū °Abd Allāh Muḥammad b. °Abd Allāh b. °Isā b. Abī
Zamanīn (d.399/1008). On him see al-Ḥajawī, *al-Fikr al-*
s āmī, ii, 119.
48. Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, iv, 364.
49. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 150; Ibn Rushd, *al-Bay ān*, v, 13.
50. Yaḥyā b. °Umar b. Yūsuf b. °Amir al-Kinānī
(d.289/901). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, ii, 354
51. Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, v, 23.
52. Ibid., iv, 462.

53.Cf. *al-Mudawwana*, ii, 158,159.

54.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, iv, 331.

55.Ibid.

56.Cf. *al-Mudawwana*, ii, 157.

57.Referring to *Tabṣirat al-ḥukk ām* by Abū 'l-Ḥasan al-Lakhmī (above). It remains in manuscript form in the library of al-Qarawiyyīn. See al-Fāsī, *Makḥṭ ūṭ āt*, I, 359.

58.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, v, 111,112

59.Ibid., iv, 331

60.Abū 'l-Diyā' Miṣbāḥ b. °Abd Allāh al-Yālṣūtī (750/1349). On him see Ibn al-Qāḍī *Durra*, iii, 17.

61.See Ibn Rushd, *al-Bay ān*, iv, 459.

62. Abū Ishāq Ibrāhīm b. °Abd al-Raḥmān al-Gharnāṭī
(d.751/1350). On him see al-Fāsī, *Makḥṭūṭāt*, ii, 531.

63. A situation in which a father or other guardian prevents a woman from getting married which is illegal as instituted in the Qur'ān.

64. A situation where a husband leaves it to the discretion of his wife to effect a single and irrevocable divorce.

65. According to Islamic law a child who is born to an unmarried woman can not be legally attributed to his alleged father. Cf. Ibn Ḥārith, *Uṣūl al-futyā*, 182.

66. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, iv, 436.

67. Ibid. v, 30

68. °Alī b. Yaḥyā b. al-Qāsim al-Ṣanhājī al-Jazīrī
(d.585/1189). On him see Kaḥḥāla, *Muʿjam*, vii, 261.

69. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, ix, 332.

70. Ibid. x, 180.

71. Abū Bakr Aḥmad b. ʿAbd al-Raḥmān al-Khawḷānī al-Qayrawānī (d.432/1040). On him see Makhlūf, *Shajara*, 6.

72. Qurʾān, 65, v. 6.

73. In this case the wife utilises a clause placed in the marriage contract which allows her to divorce her husband if he fails to meet a pre-agreed condition specified in the marriage contract.

74. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayʾān*, ix, 307.

75. Ibid., iv, 337.

76. Abū ʿAbd Allāh Muḥammad b. ʿUmar b. Lubāba (d.314/926). On him see Makhlūf, *Shajara*, 86; al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, ii, 104.

77. When a relationship between husband and wife is continuously deteriorating, the *q āḍī* calls upon two arbitrators, one from each of their families to settle the dispute between the couple. If there is no chance of such settlement these arbitrators have the authority to separate them.

78. °Abd al-°Azīz b. Mūsā al-Wiryāghlī (d.880/1475). On him see Aḥmad Bābā, *Nayl*, 275.

79. A situation where by a wife is granted a condition in her marriage contract in which she is able to divorce her husband if he remains absent for longer than a six month period. Māliki jurists have differed upon the case. Some do not permit the wife to divorce if she does not enforce her granted condition as soon as the specified period has ended, while others will allow her to extend the waiting period without forfeiting the right to divorce.

80. Sulaymān b. Khalaf b. Sa°īd b. Ayyūb al-Bājī (d.474/1081). On him see Kaḥḥāla, *Mu°jam*, iv, 261.

81. See Ibn Rushd, *Fat āw ā*, ii, 785, 786.

82.Cf. *al-Mudawwana*, ii, 75.

83.Referring to Muḥammad Ibn al-Mawwāz (above).

84.This is one of such cases in which the *qāḍī* has to consider the custom of the local community in coming to a judgement.

85.Abū Jaʿfar Aḥmad b. Naṣr al-Dāwūdī (d.402/1011). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, i, 165,166.

86.A work in Mālikī *fiqh* by Ismāʿīl b. Isḥāq al-Jahḍamī (above). I was unable to locate it.

87.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, v, 21,22.

88.Ibid., iv, 441.

89.Muḥammad b. ʿUmar al-Wāqidī (d.270/883). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, ii, 161.

90.E.g., Abū Dāwūd, *Sunan*, ii, 539.

91.Cf. *al-Mudawwana*, ii, 103,104.

92.Abū 'l-Muṭarrif °Abd al-Raḥmān b. Qāsim al-Sha'bi
(d.497/1103). On him see Makhlūf, *Shajara*, 123.

1. A single and irrevocable divorce in which the husband will not be able to keep their marriage contract intact by revoking his declaration of divorce (*raj'ā*) during the wife's waiting period (*ʿidda*).
2. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 95.
3. Ibid., ii, 96.
4. Ibid., ii, 97.
5. Ibid., ii, 451.
6. Abū ʿAbd Allāh Muḥammad b. Saʿīd b. Bashīr (d.198/813). On him see Makhlūf, *Shajara*, 63.
7. A situation in which a newly married man being alone with his wife for the first time to consummate the marriage.

8. A newly married couple being together in private during a visit to each other before consummation of the marriage.

9. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 229.

10. Abū °Abd Allāh Muḥammad b. Aḥmad b. °Abd Allāh b. Khuwayzaminḍād (d.390/999). On him see Makhlūf, *Shajara*, 103.

11. Abū Bakr Muḥammad b. Aḥmad b. al-Jahm, known as Ibn al-Warrāq (d.329/940). On him see Makhlūf, *Shajara*, 78. His work *Mas ā'il al-khil āf* remains in manuscript form in the library of al-Qarawiyyīn. See al-Fāsī, *Makhtūṭāt* i, 456.

12. Abū Muḥammad °Abd Allāh b. al-Mu°adhdhal (d.501/1107). On him see Makhlūf, *Shajara*, 124.

13. A newly married couple being together in private for the purpose of consummation.

14. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 230.

15. See Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, i, 539, 540.

16. In the case of *khulʿ*, a form of divorce, the wife pays her husband to redeem herself from the marriage. According to the dominant legal opinion in Mālikī *fiqh* the divorce becomes effective as soon as they agree to divorce in this way even before the husband receives his consideration.

17. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 232.

18. Abū Zayd b. ʿAbd al-Raḥmān b. Abī Jaʿfar al-Dimyāṭī (d.226/840). On him see Makhlūf, *Shajara*, 59.

19. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 235, 236.

20. Abbān b. ʿĪsā b. Dīnār (d.262/875). On him see ʿIyād, *Madārik*, iii, 150.

21. With a miscarried foetus, i.e., after miscarriage or confinement the divorce becomes immediately irrevocable.

22. °Alī b. Aḥmad al-Baghdādī Abū 'l-Ḥasan known as Ibn al-Qaṣṣār (d.398/1007). On him see °Iyād, *Madārik* iv, 602.

23. Bakr b. Muḥammad al-°Alā' b. Muḥammad b. Zayd b. al-Walīd (d.344/955). On him see °Iyād, *Madārik*, iii, 290.

24. A case in which a woman took her husband to court claiming that he had abandoned her by way of *zihār*, refusing either to divorce her, or to resume the state of marriage. This is a pre-Islamic form of repudiation consisting of the words "you are to me like my mother's back". This formula according to the Qur'ān requires the separation of husband and wife until atonement (*kaffāra*) is made. In such a case the *qāḍī* would bind the husband to either make *kaffāra* and continue in normal marital life or be divorced.

25. Qur'ān, 58, v. 2.

26. We believe that al-Mājīshūn's opinion that supplying a meal as opposed to a portion of grain to fulfil one's penance is more appropriate in today's general life style.

27. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 323.

28. Ma'n b. 'Isā b. Yaḥyā b. Dīnār (d198/813). On him see 'Iyād , *Madārik*, i, 367.

29. Qur'ān, 58, v. 3-4.

30. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 334-335.

31. In such a case the *q ādī* is recommended to take into account the provocative circumstances surrounding the husband's oath of *ṭal āq* or *zih ār* , in order to reach a fair decision.

32. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 256.

33. The term *īl ā* 'is defined by Ruxton (*M ālikīlaw*, 135) as "an oath to cease cohabitation with one's wife for a longer period than four months". If the allowed period of

refraining from marital intercourse - which is legally four months - has passed, then a decision has to be made by the *q ādī*. The ruling according to Māliki school is that the husband should either withdraw from his oath and return to marital intercourse with his wife (a situation known as *fay'a*), or the wife would be divorced. In the event of divorce the husband still can keep his marriage intact if he withdraws from the oath within the wife's prescribed waiting period.

34. The term *‘adam al-iṣ āba* refers to a case in which a wife has the right to request divorce if her husband refrain from having sexual intercourse with her.

35. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 345.

36. Ka‘b b. Sūr b. Bakr b. ‘ubayd b. Tha‘laba al-Azdī (d.36/656). On him see Ibn ‘Abd al-Barr, *al-Iṣṭī‘āb*, iii, 376.

37. Referring to ‘Umar b. al-Khaṭṭāb, the second caliph.

38. Qur'ān, 4, v. 3. Cf. al-Qurashī, *Awwaliyyāt*, ii, 580; Ibn
 °Abd al-Barr, *al-Istī'āb*, iii, 377.

39. Qur'ān, 4, v. 11.

40. Muḥammad b. Sīrīn al-Anṣārī (d. 110/728). On him see
 Ibn Ḥajar, *Tahdhīb*, ix, 214.

41. °Abd Allāh b. al-Zubayr al-Qurashī al-Asadī. (d. 73/692).
 On him see al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, i, 276.

42. *Li'ān* is a way of dissolving marriage. If a husband
 accuses his wife of adultery without legal proof, he
 "affirms under oath that the wife has committed unchastity
 or that the child born of her is not his, and she, if the
 occasion arises, affirms under oath the contrary", (Schacht,
Introduction, 165). According to the *qāḍī's* practice as
 mentioned in the text the performance of *li'ān* should take
 place in the mosque with the attendance of the *qāḍī* and
 some other witnesses. As a result of *li'ān* the *qāḍī's* ruling
 would be that the couple must be separated permanently
 and in case of pregnancy the paternity would not be related
 to the husband.

43. To convict a person of adultery the proof must be incontrovertible, otherwise it would not be acceptable, therefore the witness has to be sure that he had seen with his own eyes the act of sexual intercourse. The expression used by Māliki jurists to describe the situation is (*ka`l-mirwad fi`l-mukḥula*), i.e. like a kohl jar with its little stick in it. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, iii, 256.

44. In this case the husband had a suspicion that his wife is being dishonest. Therefore, he refrained from having any sexual intercourse with her to ascertain the emptiness of her womb of any conception, so the paternity - in case of pregnancy as a result of her unchastity - would not be related to him.

45. Cf. Ibn ʿAbd al-Barr, *al-Kāfi*, ii, 613.

46. See Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 498-501.

al-nafaq āt

p. 81-89

1. According to the Māliki school it is the husband's duty to pay for his wife's dower (*mahr*) and living expenses (*nafaqa*) no matter how much wealth she owns. If the husband fails to fulfil this obligation she has the right to demand divorce.
2. Cf. Ibn Rashīq, *al-Nafaq āt*, 117.
3. Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, v, 362.
4. Abū °Abd Allāh Muḥammad b. °Alī b. °Umar al-Māzarī (d.536/1141). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, ii, 250.
5. A situation in which the former owner of a slave woman who gained her freedom bears the right of inheritance in relation to her children's property.
6. The absent husband had left no money or other property from which the *q ādī* may award a wife maintenance.

7. Ibid.

8. Ibid., 104.

9. Abū ʿAmr Ḥārith b. Abī Saʿīd (d.222/836). On him see ʿIyāḍ, *Madārik*, iii, 22.

10. ʿUmar b. ʿAbd al-ʿAzīz b. Marwān b. al-Ḥakam b. Abī ʿl-ʿAṣ al-Umawī (d.101/719). On him see Ibn Ḥajar, *Tahdhīb*, vii, 478.

11. A work in Mālikī *fiqh* by ʿAbd Allāh b. Fattūḥ Abū Muḥammad al-Sabṭī (d.460/1067). It is included unabridged in *al-Ṭurar* another Mālikī *fiqh* work which was written by Ibn ʿAt as a commentary on *al-Wathʾa ʿiq al-majmūʿa*. Both works are still in manuscript form in the library of al-Qarawīyyīn. See al-Fāṣī, *Makḥṭūṭāt*, iii, 254.

12. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 348.

13. Abū °Abd Allāh Muḥammad b. Qāsim b. Muḥammad al-Lakhmī al-Miknāsī known as al-Qawrī (d.872/1467). On him see Makhlūf, *Shajara*, 261.

14. Abū °Umar Aḥmad b. Muḥammad b. °Isā b. Hilāl b. al-Qaṭṭān (d.460/1067). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, i, 181.

15. A work in Mālikī *fiqh* by Aḥmad b. Hudayr (d.327/938). I have been unable to locate this reference.

16. Aḥmad Abū Muṣ°ab b. Abī Bakr al-Qāsim b. al-Ḥārith (d.242/856). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, i, 140.

17. Qur°ān, 65, v. 6.

18. Referring to Abū °Umar Aḥmad b. Hārūn b. Aḥmad b. °At (d.609/1212), whose work *al-Ṭurar* is a commentary on *al-Wath ā °iqal-majm ū °a* by Ibn Fattūḥ. See note 10.

19. The parents have the right to maintenance (*nafaqa*) which must be met by their son or daughter, provided the parents

have no other source of income, and the children are capable financially.

20. Aḥmad b. Saʿīd b. Ibrāhīm al-Hamadhānī known as Ibn al-Hindī (d.399/1008). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, i, 172.

21. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 479.

22. A standard expenditure for the maintenance of a minor.

23. A literary collection of *fāt āw ā* by *al-q ādī* al-Zarwīlī (above). It remains in manuscript form in the library of Tangier under the section of ʿAbd Allāh Kannūn. See al-ʿAshshāb, *Makḥṭūṭāt Kannūn*, 61.

al-ḥidāna , al-radʿa^c

p. 90-96

1. Hishām b. Aḥmad b. Saʿīd b. al-ʿAwwād (d.509/1115).

On him see Ibn Bashkuwāl, *al-Ṣila*, ii, 618.

2. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 258,262.

3. Ibid., ii, 262.

4. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 305,306.

5. Ibid. , 258.

6. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, i, 569,570.

7. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 259.

8. A work in Mālikī *fiqh* , which was written by Khalīl b. Ishāq al-Jundī (d.749/1348) as a commentary on *Jāmiʿ al-ummahāt* by Ibn al-Ḥājj. It remains in manuscript

form in the library of al-Qarawiyyīn . See al-Fāsī,
Makḥṭūṭāt i, 396.

9. E.g., Abū Dāwūd, *Sunan*, i, 357.

10.Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, i, 265-267.

11.He is "a man appointed by a Muslim ruler, to enjoin what
 is right, and to forbid what is wrong", (al-Khudrāwī ,
Qāmūs, 94).

12.To prove a case with either definite evidence or
 information which is common knowledge among a wide
 group of people.

13.Cf. *al-Mudawwana*, ii, 297.

14.Muḥammad Abū Bakr b. al-Labbād b. Muḥammad b.
 Washshāḥ (d.333/944). On him see ʿIyād , *Madārik*, iii,
 304.

al-buyū^c

p. 97-121

1. The purchaser claims that he has paid the whole amount of the agreed sale value to the vendor who has nothing further to claim against him.
2. A term referring to the buyer's right to hold the seller liable for any damage sustained prior to the sale. Cf. al-Wansharīsī , *Idāh*, 97.
3. *Bay^cu thunyā*, this term is defined as "an agreement between a buyer and a seller giving the latter the right to refund the price within a certain period of time to get his goods back" (al-Wanshrīsī, *Idāh*, 116). According to some Māliki legal opinions it is an invalid transaction since its completion is doubtful.
4. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, viii, 12, 13.

5. Abū Muḥammad Ṣāliḥ b. Muḥammad al-Fāsī al-Haskūrī (d.656/1258). On him see Makhlūf, *Shajara*, 185.

6. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 208,209.

7. Abū Muḥammad ʿAbd Allāh b. Yaḥyā b. Daḥḥūn (d.431/1039). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, i, 438

8. E.g., al-Shawkānī, *Nayl*, v, 238.

9. Abū Ibrāhīm Isḥāq b. Ibrāhīm b. Masarra al-Tujībī (d.352/963). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, i, 296.

10. Referring to *al-ʿIām bi nawāzil al-aḥkām*, it is also known as *al-Aḥkām al-kubrā* by Ibn Sahl (above). Unpublished edition by N. Najjār, Madrid. I have been unable to get hold of this edition.

11. Referring to *al-Tanbih āt al-mustanbata fī sharḥ mushkil āt al-mudawwana* which is known as *Tanbih āt ʿIyād*. It remains in manuscript form in the library of al-Qarawiyyīn. See al-Fāsī, *Makḥṭūṭāt*, i, 327.

12.No liability against disaster or crop damage, i.e., the vendor stipulates in a sale's agreement that he is not responsible for any crop damage or any other defects in the sold property that might occur before or after delivery. Mālik has regarded the sale as valid but not the condition.

13.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, vii, 342.

14.Abū Zayd °Abd al-Raḥmān b. Ibrāhīm al-Umawī al-Qurṭubī (d.258/898). On him see al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, ii, 100.

15.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, vii, 342-343.

16.Referring to *al-Wathā'iq al-majmū'a* by Ibn al-°Aṭṭār (above). It remains in manuscript form in the library of al-Qarawiyyīn. See al-Fāsī, *Makhṭūṭāt*, I, 442.

17.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, viii, 19.

18.Any found property (*luqāṭa*) must be notified to the public by the finder. According to Māliki legal opinion they must put the found object on public notice for a

certain period of time. If no one has claimed it, the finder is entitled to make use of it if they are in need, although it is considered better to give it to charity.

19.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, viii, 93,94.

20.Abū °Abd Allāh Muḥammad b. Aḥmad b. Khalaf known as Ibn al-Ḥājj (d.529/1134). On him see Makhlūf, *Shajara*, 132.

21.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, viii, 61,62.

22.°Ubayd Allāh b. Muḥammad b. °Ubayd Allāh b. Mālīk Abū Marwān (d.460/1067). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, i, 439; Ibn Bashkuwāl, *al-Ṣila*, i, 292.

23.°Isā b. °Allāl al-Maṣmūdī al-Fāsī (d.820/1417). On him see Kaḥḥāla , *Mu°jam* , viii, 29.

24.Abū °l-Qāsim Muḥammad b. °Abd al-°Azīz al-Tāzaghdarī (d.832/1428). On him see Kaḥḥāla , *Mu°jam* , viii, 96.

25. Abū 'l-Qāsim °Abd al-°Azīz b. Mūsā al-°Abdūsī
(d.837/1433). On him see Makhlūf, *Shajara*, 252.

26. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 265.

27. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, vii, 328,329.

28. Ibid. , viii, 13.

29. Referring to a Mālikī *fiqh* work by Muḥammad b. Aḥmad
b. al-Ḥājj (above), which is also known as *Nawāzil Ibn
al-Ḥājj*. I have been unable to locate this source.

30. Abū Ishāq Ibrāhīm b. Ḥasan b. Ishāq al-Tūnisī
(d.443/1051). On him see Makhlūf, *Shajara*, 108.

31. A case in which a group of collective buyers are each
individually liable to the vendor for the total of the sale
price

32. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 384,385.

33. A form of transaction used to avoid the designated devolution of one's property under the *sharīʿa* rules, whereby, the owner will, during their life time, sell or give their wealth to their desired heirs. If it is proven, the transaction is considered void according to some Mālikī jurists.
34. It is "a document that contains the testimony of witnesses who have only indirect, second-hand knowledge of the fact, event, or earlier testimony about which they testify", (Powers, Kadījustiz or Qāḍījustice, 1 *Islamic Law and Society* 1994, 343).
35. Ḥusayn b. °Aṣim b. Ka°b b. Muḥammad b. °Alqama al-Thaqafī (d.208/823). On him see °Iyāḍ, *Madārik*, iii, 28.
36. Abū Muḥammad °Abd al-Ḥaqq b. Muḥammad b. Hārūn (d.466/1073). On him see Makhlūf, *Shajara*, 116.
37. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, vii, 247,248.
38. *Fātat*, *fawt* and *fawāt*, a situation whereby it is too late to reverse a contract or state of affairs because of subsequent

development. e.g., a transaction which cannot be voided due to alterations that have come about to its original state or value.

39.Ibn Rushd, *al-Bay ān*, vii, 264-265

40.This method of selling goods at market is still used in some parts of the Arab world, especially in the sale of traditional goods such as clothes.

41.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, vii, 269.

42.Cf. *al-Mudawwana*, iii, 351.

43.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, vii, 287-289.

44.Abū °Abd Allāh Muḥammad b. Ibrāhīm b. °Abdūs (d.260/873). On him see Makhlūf, *Shajara*, 70.

45.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, vii, 418-419.

46.Ibid., viii, 58,59.

47. The seller claimed that he had been forced into selling by the purchaser
48. Sufyān b. Saʿīd b. Masrūq al-Thawrī (d.161/777). On him see Ibn Ḥajar, *Tahdhīb*, iv, 111.
49. Abū ʿl-Qāsim ʿAbd l-Khāliq b. ʿAbd al-Wārith al-Suyūrī (d.460/1067). Makhlūf, *Shajara*, 116.
50. Referring to Ibn ʿArafa (above).
51. Any action or commitment forced upon a person against their will is not considered valid or legally binding according to Māliki doctrine. e.g., al-Kāndahlawī, *al-mas ālik*, x, 232.
52. Abū Bakr Muḥammad b. ʿAbd Allāh al-Abharī (d.375/985). On him see Sezgin, GAS. I,477.
53. E.g., Ibn Māja, *Sunan*, ii, 956.

54. Abū Zakariyyā Yaḥyā b. Yaḥyā al-Ṣaffūnī
(d.611/1214). On him see Ibn al-Qunfud, *Sharaf al-ṭālib*,
69.
55. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, viii, 13.
56. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 193.
57. Withdrawing what was given as a charity is abhorred by a
prophetic *ḥadīth*. E.g, al-Kāndahlawī, *al-mas ālik*, xii,
271.
58. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xiii, 459,460.
59. Referring to *Jāmi' mas ā'il al-aḥkām* by Abū 'l-Qāsim
al-Burzulī (above). It remains in manuscript form in the
general library of Rabat. See the library catalogue, i, 67.
60. Abū 'Abd Allāh Muḥammad b. Sālim al-Baṭrīnī
(d.848/1447). On him see Ibn al-Qāḍī, *Durra*, ii,290.
61. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, vii, 244,245.

62. Faraj b. Qāsim b. Aḥmad b. Lub Abū Saʿīd (d.782/1380).

On him see Aḥmad Bābā, *Nayl*, 357.

63. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayʾān*, ix, 385, 386.

64. This is not a formal contract of sale. Rather it devotes an oral offer of sale of simple goods and either an oral acceptance or any other indication of acceptance which people use in sale according to their custom.

65. Aḥmad b. Muḥammad b. Saʿīd b. Ḥudayr (d.327/938).

On him see Ibn al-Faradī, *Taʾrīkh al-ʿulamāʾ*, 49.

al-iqrār

p. 122-132

1. Abū ʿAbd Allāh Muḥammad b. Sulaymān al-Saṭṭī (d.750/1349). On him see Makhlūf, *Shajara*, 221.
2. Qur'ān, 4, v. 135.
3. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayʾān*, xiv, 143,144.
4. Any bequest made upon someone's death bed which is disguised as a declaration of the recipient's actual ownership in order to ensure they attain the property, regardless of who the rules of inheritance might award it to, is considered invalid. Mālik said that the recipient should not come into possession of the property according to that declaration unless he presents another form of evidence
5. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayʾān*, xiii, 51,53.
6. Referring to *al-Wāḍiḥa*, (above).

7. Abū °Umar Yūsuf b. °Abd Allāh b. Muḥammad b. °Abd al-Barr al-Qurṭubī (d.463/1071). On him see Kaḥḥāla, *Mu°jam*, xiii, 315.

8. Cf. Ibn °Abd al-Barr, *al-Kāfi*, ii, 887.

9. Qur'ān, 4, v. 12.

10. Muḥammad b. Maslama b. Muḥammad b. Hishām (d.206/821). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, ii, 156.

11. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xiii, 306.

12. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 365.

13. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xiii, 237-238.

14. Ibid. , x, 356-357.

15. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 126.

16. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xiv, 175-177.

17. This is "an agreement by which a person entrusts funds to a trader in order that he shall traffic there-with, subject to the lender having a share in the profits", (Ruxton, *Māliki law*, 227).

18. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, xii, 369-370.

19. Abū Bakr °Abd al-Raḥmān b. Aḥmad b. Ibrāhīm b. Abī Laylā (d.566/1170). On him see Makhlūf, *Shajara*, 148.

20. Abū Bakr Muḥammad b. Bashshār (d.253/867). On him see al-Ḥajawī, *al-Fīkr al-s āmī*, ii, 79.

21. Referring to *al-Jāmi' li mas ā'il al-Mudawwana* by Ibn Yūnus (above). I have been unable to locate this work.

22. Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, xiv, 167, 168.

al-ʿuyūb

p. 133-147

1. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayʾān*, viii, 316.
2. Muḥammad b. Khalaf b. Sulaymān b. Faṭḥūn
(d.520/1126). On him see Kaḥḥāla, *Muʿjam*, ix, 284.
3. Ismāʿīl b. Ibrāhīm b. ʿAbd al-Raḥmān al-Makhzūmī
(d.694/1294). On him see Ibn al-Qāḍī, *Durra*, i, 211.
4. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayʾān*, viii, 295.
5. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 112-114.
6. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 366.
7. Cf. al-Kāndahlawī, *al-masʾalik*, xi, 69.
8. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 366.

9. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, viii, 265,266.

10.Ibid. , 266.

11.Abū Jaʿfar Aḥmad b. Muḥammad b. Rizq (d.477/1084).

On him see Makhlūf, *Shajara*, 121.

12.Abū ʿl-Ḥasan ʿAlī b. Ziyād al-Tūnisī (d.183/799). On

him see Makhlūf, *Shajara*, 6.

13.Referring to one of the oldest works in Mālikī *fiqh*, by

ʿAbd Allāh b. ʿAbd al-Ḥakam (above). It remains in manuscript form in the library of al-Qarawiyyīn . See al-Fāsī , *Makḥṭūṭāt*, ii, 483.

14.Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 101.

15.Ibid. , ii, 100,101.

16.This work remains in manuscript form in the national

library of Tunisia under the section of Ḥasan ʿAbd al-Wahhāb's library. See the library catalogue, 243.

17. Muḥammad b. Khālid b. Martanī known as Ibn al-Ashajj (d.220/835). On him see ʿIyād, *Madārik*, iii, 26.

18. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, viii, 351,352.

19. Aḥmad b. Muḥammad b. Zayd al-Qazwīnī (d.393/1002).
On him see ʿIyād, *Madārik*, iv, 604.

20. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, viii, 61,62.

21. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 101, 102.

22. Referring to *Jāmiʿ al-ummahāt* by Ibn al-Ḥājjib (above). I have been unable to locate this reference.

23. E.g., Ibn Ḥanbal, *Musnad*, vi, 80.

24. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, viii, 310.

al-salam

p. 148-150

1. The definition of *salam* is "a sale with postponed delivery but immediate payment", (al-Wansharīsī , *Idāh*, 122). This used to be applied most often to the sale of agricultural or other seasonal products. For example a person may order and pay for an amount of grain to be delivered after the harvest.
2. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 80.
3. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 28.
4. The object in a postponed delivery sale (*salam*) should become as a debt among the seller's liability
5. Referring to *Ikhtisār al-wādiḥa* one of the rarely works of Mālikī *fiqh* by Faḍl b. Salama (above). I have been unable to locate this reference.
6. Cf. See Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 24,25.

7. According to prophetic *ḥadīth* unequal barter transactions in the same kinds of crop (*bay^c al-ṭa^cāmi bi 'l-ṭa^cāmi mutafāḍīlan*) is considered usury and unlawful. Therefore the *fuqah ā'* of the Māliki school have divided the crops into different categories as mentioned in the text to define which one is not permitted to be exchanged unequally. E.g., al-Kāndahlawī, *al-mas ālik*, xi, 227,228.

8. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddīm āt*, ii, 36,37.

al-wak āl āt

p. 151-166

1. Qur'ān, 4. v. 6.
2. Qur'ān, 18. v. 19.
3. According to the opinion of al-Mazari the agent of a contending party cannot be dismissed once the case is under discussion in court, unless he can be shown to be ill or incapable. This is to prevent proceedings becoming unnecessarily prolonged and therefore harming the opposing party's interests.
4. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 271.
5. Cf. Ibn °Abd al-Barr, *al-K āfī*, ii , 787.
6. According to what al-Miknāsī has cited in his text the *q ādī's* duty goes beyond his job as a judge, in the confines of the court room. Rather, he has the authority to

ensure the implementation of *sharīʿa* rules among the community and to prevent any disregard for such rules.

7. Muḥammad b. Aḥmad b. ʿAbd al-ʿAzīz b. ʿUtba al-Qurṭubī (d.255/869). On him see Kaḥḥāla, *Muʿjam*, viii, 276.

8. Cf. Ibn Shās, *al-Jawāhir*, ii, 678.

9. E.g., Ibn Māja, *Sunan*, ii, 784.

10. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 626.

11. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, viii, 171-172.

12. Abū Zakariyyā Yaḥyā b. Zakariyyā b. Muzayn (d.259/872). On him see Sezgin, GAS. I, 473.

13. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 281.

14. Ibid., 279.

15.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, viii , 122-123.

16.Cf. *al-Mudawwana*, iii , 277.

17.Ibid. , 278.

18.Qur` ān, 4. v. 6.

19.Cf. *al-Mudawwana*, iii, 277.

20.Cf. Ibn Rushd , *al-Muqaddim āt*, ii , 460-461.

21.This is one of the early works of Mālikī *fiqh* by Abū Zayd

b. ʿUmar b. Abī 'l-Ghamr (below). I have been unable to locate this work.

22.Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddim āt*, 461-464.

23.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, viii, 162-163.

24.Ibid., viii, 172.

25.Ibid. , 188-189.

26.Ibid. , 109.

27.Ibid. , 167.

28.Cf. Ibn Rushd *al-Muqaddimāt*, ii, 461-464.

29.The term *‘uhda* in general is "the seller's liability for defects of sold goods within a time limit of three days or longer up to one year", (al-Wansharīsī , *Īdāh*, 126). The liability referred to here falls only on the owner of goods to be sold and not on any agent charged with selling them. This is provided that the agent makes clear at the point of sale that the goods do not belong to him.

30.Cf. *al-Mudawwana*, iii, 370.

31.Ibid. , 658.

al-ghaṣb , al-istiḥqāq , al-ta'addī

p. 167-175

1. Qur'ān, 13. v. 79.
2. The term *ghaṣb* is defined by Schacht (*Introduction*, 160) as "usurpation of the property of another". According to Ibn Rushd, the one who usurps another's property is liable both to the legitimate owner and to Allah. As well as being ordered to return any property he took by unlawful means, the qāḍī must set a punishment for him, even if his victim extends his forgiveness.
3. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 487-489.
4. E.g., Ibn Māja, *Sinan* i, 658.
5. The term *ʿāqila* is defined by Coulson, (*History*, 235) as "the group who shoulder the burden of collective responsibility for compensation in cases of homicide, wounding and assault". This term is mentioned in the text during a juristic debate relating to a child's liability while

he is under the age of consent. There are two different Māliki opinions on this issue. The first does not consider such a child as liable for any damage he might cause to other people. The other holds him liable and rules that he has to pay compensation for the property damaged. His *‘āqila* under takes the burden of the blood-money on his behalf if he commits homicide or inflicts injury upon someone. This contribution of *‘āqila* indicates the protection that a clan can provide to its members in society as a whole. See also N. Calder, *Studies in early Muslim jurisprudence*, Oxford 1993, 202-8.

6. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 490.

7. That is to say, an extorted property is recognised as such, as long as it exists regardless of any changes in its market value.

8. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 491, 492.

9. Muḥammad b. Sa‘dūn b. ‘Alī b. Bilāl al-Badawī (d.485/1092). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, ii, 299.

10.E.g., al-Bukhārī, *Ṣaḥīḥ*, iii, 70; Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 494.

11.Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 496-498.

12.A case which involves " the rightful owner's retrieval of any possession not yet returned to him", (al-Wansharīsī , *Īdāh*, 112). The court must award the property in question to those who supply the evidence of ownership. However Ibn Rushd adds that those who use this legal procedure to falsely gain property of which they are not the rightful owners should remember that deceiving the *qāḍī* does not make the property lawful for them in the eyes of Allah.

13.Qur'ān, 5. v. 107.

14.Qur'ān, 4. v. 29.

15.E.g., Abū Dāwūd, *Sunan*, iv, *aqḍiya*, 13.

16.E.g., Ibn Māja , *Sunan*, ii, 754.

17.Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 503,504.

18.Cf. *al-Mudawwana*, iii, 631.

19.Reclaiming a property or any other object which produces a secondary product, e.g. farming land or fertile animal, does not automatically provide the right to the secondary product. According to prophetic tradition (*al-kharāj bi 'l-damān*), the owner who is being claimed against is entitled to the yield as compensation for their investment of responsibility and funds. However, Māliki jurists have differed upon this case; whilst some have given the yield to the present holder, others have given it to the proper owner who should then compensate the holder against his expenses.

20.Cf. *al-Mudawwana*, iv, 282.

21.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xi, 180-181.

22.Cf. *al-Mudawwana*, iv, 196.

23. Referring to Ibn Abī Zayd's commentary upon *al-Mudawwana* (above).

24. This is a case in which the marriage validity will not be affected if a third party reclaimed what was given to a wife as a dower, because she has the right to the value of the dower which the husband must provide.

25. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 189.

26. Al-Akhawān, a term refers to two contemporary scholars of Mālikī school; Muṭarrif and Ibn al-Mājishūn. See Aḥmad °Umar, *al-Madkhal al-wajīz*, 13.

27. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xi, 159.

28. Ibid., 239-240.

Taḍmīn al-ṣunnā^c

p. 176-181

1. E.g., al-Bayhaqī , *al-Sunan al-kubrā*, vi, 122,
2. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 243-245.
3. Ibid. , 246-247.
4. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, iv, 241-242.
5. Ibid. , iv, 244.
6. Ibid. , iv, 217.
7. Ibid. , iv, 218.
8. In this case a dispute over the fees for given services is judged by comparing the claim against the going rate for such services.

9. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, iv, 219.

10. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 404.

11. Mūsā b. Qurra b. Tāriq al-Saksākī Abū Muḥammad
known as Abū Qurra. The year of his death is unknown.
On him see ʿIyād, *Madārik*, i, 396.

12. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, iv, 233.

13. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 250.

al-juʿl , al-ijāra

p. 182-193

1. As explained in the text, the term *juʿl* is defined as "an agreement by which one person requests another to do some business in return for a reward offered conditionally upon the integral execution of the business", (al-Wansharīsī , *Īdāh* ,117). According to some Māliki jurists the legality of *juʿl* is based on a narration by some companions of the Prophet which is recorded in the text.
2. The point of resemblance between a piece-work contract *juʿl* and a hiring out contract *ijāra* is that both are based on the same principles; labourer, fee and business. However, they differ in some of their rulings, e.g. the fee in *ijāra* can be paid in advance or day by day as agreed, while in *juʿl* the fee is payable only after the job has been completed.
3. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 176-177.
4. E.g., al-Bukhārī , *Ṣaḥīḥ* , iii, 53.

5. It is essential that the object of *ju'f* and *ij'āra* contracts should not be of an unlawful nature, e.g. objects which a Muslim person is not allowed to handle such as alcohol. On the other hand it should not be an action which one is bound to perform anyway as their religious or civic duty.
6. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 181.
7. Muḥammad b. Muḥammad b. Mughīth al-Ṣadafī (d.444/1052). On him see Ibn Bashkuwāl, *al-Ṣila* ii, 533. I have been unable to locate his work *al-Wathā'iq*.
8. This is a "purchase of a certain amount of goods, e.g. a pile of wheat the quantity of which is unknown" ,(*al-Wansharīsī , Īdāh*, 117). As recorded in the text Ibn °Arafa has reported that this transaction is illegal unless the quantity is unknown to both parties.
9. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, viii, 437.
10. Ibid. viii, 472,473.

11. Abū 'l-Ḥasan °Alī b. Muḥammad b. Khalaf al-Ma°afirī al-Qābisī (d.403/1012). On him see al-Fāsī, *Makḥṭūṭāt*, ii, 476.

12. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, viii, 414.

13. Qur'ān, 43. v. 32.

14. Qur'ān, 65. 6.

15. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 420; al-Bayhaqī, *al-Sunan al-kubrā*, vi, 120.

16. The term *ijāra* indicates a contract of hire in which one party sells to the other the temporary use of a property or service. It can also be applied to the selling of services, manual or otherwise, eg. farm hand or accountant. Again it is a form of legally binding contract, i.e. once a contract becomes legally valid, it is binding and exerts its legal effects towards both parties.

17. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 166, 167.

18. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 424.

19.Ibid. , iii, 459.

20.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, viii, 486.

21.Cf. *al-Mudawwana*, iii, 427-428.

22.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, viii, 419.

23.In this case more specifically, to provide a labourer with additional resources for their labour in order to complete their term of contract once their original resources had been exhausted.

24.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, viii, 512.

25.The four cases which the author alludes to are mentioned in full in *al-Muqaddim āt* by Ibn Rushd, ii, 168, regarding contracts which are terminated due to uncontrollable circumstances such as a teacher who was hired to tutor a child but the child dies before the end of the contract term.

26.Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddim āt*, ii, 168-169.

27.Ibid., 169,170.

28.Cf. *al-Mudawwana*, iii, 452.

29.Ibid. , iii, 455.

30.Ibid. , iii, 469.

31.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, viii, 480-481.

32.A term referring to an exchange of services, e.g., helping someone with their harvesting in return for their help with yours. The other term used in this context is *dūlat al-nis ā'* referring to group of women in a community who combine their efforts in order to complete their domestic tasks.

33.Cf. *al-Mudawwana*, iii, 420-421.

34.Ibid. , iii, 427.

Kir ā' al-raw āḥil wa 'l-daw ābb

p. 194-198

1. Qur'ān, 16. v. 8.
2. The rent contract is a binding deed in which both parties have to fulfil their obligations towards each other. See *ij āra* above.
3. A hiring agreement will not be considered legal unless the service provided and the fee are fully known and specified beforehand.
4. If time is a factor in a hiring transaction, this agreement must be subject to a clear and certain period of time in order to avoid the illegality of paying a specific hire price against an uncertain period, e.g., the situation in which a person hires a riding animal for a fixed period of time but then has stated a destination which involves an unknown journey time. This is considered invalid and is known as (*muddatayni fī mudda*).

5. This is a method of transaction known in Islamic law as *Bay'atayni fī bay'atin*. It was known since the early days of Islamic law and exists in many different forms. One example mentioned by Schacht in his work (*Introduction*, 79) is that "the (prospective) debtor sells to the (prospective) creditor a slave for cash, and immediately buys the slave back from him for a greater amount payable at a future date". In principle such a transaction is regarded as unlawful according to a Prophetic tradition, although some forms of this sale have been permitted by scholars in different schools of Islamic law. It should be noted here that the debate among scholars of various schools regarding this issue is a lengthy one.

6. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 184.

7. Ibid., 185-187,

8. E.g., al-Bukhārī, *Ṣaḥīḥ*, iii, 116.

9. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 189.

10. Ibid., 189.

11.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, ix, 123,124.

12.Ibid. , 83.

13.Ibid. , 114.

14.Ibid. , 123-127.

15.Ibid. , vii, 452. ix, 130.

Kirā` al-dūr

p. 199-206

1. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 211.
2. Abū Bakr b. Muḥammad b. Aḥmad al-Lu'lu'ī (d.350/961). On him see Makhlūf, *Shajara*, 89.
3. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 212,213.
4. Abū Bakr °Abd al-Ḥamīd b. Abī Uways (d.202/812).
On him see Makhlūf, *Shajara*, 56.
5. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 214; *al-Bayān*, ix, 44,45.
6. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, ix, 33.
7. Ibid. , 27,28.
8. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 530,531.

9. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, ix, 28.

10. There are two famous works of Mālkī *fiqh* entitled *al-Mukhtaṣar al-kabīr*, the oldest of these is by Ibn ʿAbd al-Ḥakam al-Miṣrī, and the latter by Ibn ʿArafa al-Tūnisī. Both works remain in manuscript form in the library of al-Qarawīyyīn. See al-Fāsī, *Makḥṭūṭāt*, I, 369, II, 483.

11. Cf. Ibn ʿAbd al-Barr, *al-Kāfi*, ii, 747.

12. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 528.

13. Referring to Saḥnūn's opinion, cf. *al-Mudawwana*, iii, 528.

14. Cf. Ibn Rushd, *Fatāwā*, iii, 1282-1284. From the context of the discussion we can infer an image of the economic environment of the time. We find a clear indication of the people's activities and their professions.

Kir ā` al-ard

p. 207-210

1. Qur'ān, 56. v. 63-65.
2. Qur'ān, 32. v. 27.
3. This is "a forbidden sale in which something whose number, weight or measure is sold for something whose quantity is not known", (al-Wansharīsī , *Īd āh* , 131).
4. A case in which a land owner gives his land to someone who can plant it in return for a portion of the expected crops. Al-Miknāsī has recorded in his text that Mālīk and the majority of his companions did not permit this plantation on the basis of a Prophetic tradition as mentioned in al-Bukhārī (see the following note). However, other scholars, among them the Mālīkis of Andalusia, permitted it on the basis of another Prophetic tradition narrated by Abū Dāwūd(see below note 7). Ibn Rushd in (*al-Muqaddīm āt ii*, 223) regarded this case as an invalid *Muz āra*^c since it is purely the rental of land in

return for some of its produce. On the other hand it is different from the *al-khamm ās* case as the latter does not involve the rental of land (see *al-khamm ās* in the last section of chapter one).

5. E.g., al-Bukhārī, *Ṣaḥīḥ*, iii, 81.

6. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 222.

7. E.g., Abū Dāwūd, *Sunan*, iii, 697.

8. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 226.

9. Abū ʿAmr ʿAbd al-Raḥmān b. ʿAmr al-Awzāʿī (d.157/774). On him see al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, i, 366.

10. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 229, 230.

11. Temporarily non-arable land, e.g., the land is occupied by locusts or flooded with water for the whole season.

12. It is a situation in which the harvesting of grain is only equal to the quantity of seeds which had been sown.

13. Referring to Ibn ʿAt (above).

14. Khalaf b. Maslama b. ʿAbd al-Ghafūr (d. 440/1048). On him see ʿIyāḍ, *Madʾarik*, iv, 760.

Aḥkām al-maḥājir

p. 211-219

1. Qur'ān, 17. v. 26,27.
2. Qur'ān, 25. v. 67.
3. When a boy attains puberty he usually grows hair in his private area.
4. Cf. Ibn Rushd, *Fatāwā*, i, 358,359. A prophetic *ḥadīth* which also confirms that a person who has not reached puberty is not yet religiously obligated. E.g., Ibn Māja, *Sunan*, I, 658.
5. According to some Māliki jurists, not attaining puberty does not eliminate a person's liability completely but applies only to religious duties. For example, if a person under the age of puberty causes bodily harm to another or damages property he must pay for the damage he has inflicted. An example of this has been included in the text, which is worth repeating here. A case is recorded (page

212) in which a young boy pushes over a girl who loses her virginity as a result. The boy is held liable and must pay the girl compensation as soon as he can afford to do so. The case also illustrates the importance placed on women and young girls at the time to be confirmed as virgins until the consummation of their marriage. A woman's virginity before marriage (and therefore her perceived chastity and honour) is a key factor in how she is regarded in her community. This is the case in Muslim communities in general but has added importance in a small village or closed rural community.

6. Qur'ān, 7. v. 179.

7. Cf. Ibn Rushd, *Fatāwā*, i, 360-362.

8. E.g., Ibn Māja, *Sunan*, i, 658.

9. Cf. Ibn Rushd, *Fatāwā*, i, 363,364.

10. Abū °Abd Allāh Ziyād b. °Abd al-Raḥmān al-Qurṭubī known as Shabṭūn (d.193/809). On him see al-Ḥajawī, *al-Fikr al-sāmī*, i, 445.

11. °Abd al-Malik b. al-Ḥasan b. Zurayq b. °Abd Allāh b.

Abī Rāfi° known as Zawnān (d.232/846). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, ii, 19.

12.Cf. Ibn Rushd, *Fat āw ā*, i, 365-370.

13.Ibid. , 370-375.

14.Ibid. , 382-383.

15.Cf. Ibn Ḥārith, *Uṣ ūl al-futy ā*, 404-407.

16.Ḥamdīn b. Muḥammad b. Ḥamdīn al-Taghlabī

(d.547/1152). On him see al-Nubāhī, *Ta' rīkh* , 103.

al-shuf'a

p. 220-228

1. *Shuf'a* : "pre-emption, the right to substitute oneself for the buyer in a completed sale of real property" (Schacht, *Introduction*, 142). A way of keeping one's property intact after one's partner has sold their share, thereby avoiding any unwanted new partner or neighbour.
2. E.g., al-Kāndahlawī, *al-mas ālik*, xii, 49.
3. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddim āt*, iii, 61,62.
4. Ibid. , 66,67.
5. Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, xii, 55.
6. Once the sale has been completed, the partner claiming the right of pre-emption must deal directly with the buyer. The seller is not liable to any claims from the partner.

7. Cf. ibn Rushd *al-Muqaddim āt*, iii, 69,70.

8. Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, xii, 59, *al-Muqaddim āt*, iii, 71.

9. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddim āt*, iii, 70,71.

10.Cf. *al-Mudawwana*, iv, 242.

11.Abū °Umar Aḥmad b. °Abd al-Malik al-Ishbīlī known as Ibn al-Makwī (d.401/1010). On him see al-Ḥajawī, *al-Fikr al-s āmī*, ii, 120.

12.Cf. Ibn Rushd. *al-Muqaddim āt*, iii, 71.

13.Ibid. , 75,76.

14.Ibid. , 76.

15.Aḥmad b. al-Ḥārith b. Miskīn (d.311/923). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dīb āj*, i, 153.

16.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, ix, 14.

17. °Abd al-Raḥīm b. Ibrāhīm al-Yaznāsī (d.834/1430). On him see Ibn al-Qāḍī, *Durra*, iii, 115.

18.E.g., Ibn Māja , *Sunan*, ii, 784.

19.Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, iii, 79,80.

20.According to the Māliki school there are two categories of heirs. The first group are those (such as the father, mother etc.) whose share in the inheritance is clearly defined by the Qur'ān and *ḥadīth* . The other category covers those relatives from the father's side *°aṣaba* whose share comes from whatever is left over once the first group has been given their prescribed share.

21.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xii,86,87.

22.Ibid. , 67.

23.Muḥammad b. Āmlāl al-Madūnī (d856/1452). On him see al-Wansharīsī , *Wafayāt*, 145.

24. Muḥammad b. °Umar al-Mazjaldī (d.864/1459). On him see al-Wansharīsī , *Wafayāt*, 146.

25. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 281.

26. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xii, 69.

27. A commutative contract in which both parties can exchange equal benefit.

28. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xii, 60.

29. Ismā'īl b. °Isā b. Muḥammad b. Baqī al-ḥijārī Abū 'l-Ḥasan, date of his death is unknown. On him see al-Ḍabbī , *Bughya*, 220.

al-darar

p. 229-235

1. E.g., Ibn Māja , *Sunan*, ii, 784
2. Qur'ān, 7. v. 85.
3. Cf. al-Bājī , *Fuṣūl al-aḥkām*, 332.
4. Ibrāhīm b. Ja'far Abū Ishāq al-Lawātī known as al-Mushāwar (d.513/1119). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dībāj* , i, 269.
5. Cf. Ibn 'Abd al-Barr, *al-Kāfī*, ii, 939.
6. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, ix, 393.
7. Ibid. , 408,409.
8. Cf. Ibn 'Abd al-Barr, *al-Kāfī*, ii, 940.
9. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, ix, 404,405.

10. It is also permissible for the contending parties to come to a settlement (*ṣulḥ*) on their claims either before or during judicial proceedings. They are free to do so according to *ḥadīth* unless such a settlement creates a situation which breaks the *sharīʿa* law. E.g., al-Bayhaqī, *al-Sunan al-kubrā*, vi, 65.

11. Cf. Ibn Rushd, *Fatāwā*, ii, 947.
12. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, x, 252.

13. The Prophetic tradition also confirms that the natural resources of fire, water, and grazing land should be considered communal property.

14. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, x, 278.

15. The Prophet had abhorred monopoly and warned traders and people who take advantage of food shortage in the community that they faced severe punishment in the hereafter. Also the caliph ʿUmar b. al-Khaṭṭāb had forced the monopolists to display their grain and other crops in the market so as not to allow them to horde their stock until prices rose, and thereby insuring people could buy their

food at reasonable prices. See al-Qurashī, *Awwaliyyāt al-fārūq*, i, 231,233,234.

16.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayʾān*, ix, 352.

17.Ibid. , 392,393. Ibn al-Rāmī, an expert builder and scholar stated in his work *al-ʿIʿān bi aḥkām al-bunyān* that he had used to be asked by his local judge to patrol the town looking for unstable buildings. Where they were found, the owner would be ordered to pull down and rework the site in the interests of public safety. Cf. Ibn al-Rāmī, *al-ʿIʿān*, *Majallat al-fiqh al-Mālikī*, ii, iii, iv, compiled, 393.

18.Cf. Ibn, Rushd *al-Bayʾān*, ix, 398,399.

19.Abū Muḥammad ʿAbd al-Ḥamīd b. Abī 'l-Barakāt b. ʿImrān b. Abī 'l-Dunyā (d.684/1285). On him see Makhlūf, *Shajara*, 192.

20.Thābit b. ʿAbd Allāh b. Thābit al-ʿAwfī Abū 'l-Ḥasan (d.514/1119). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dībāj*, i, 320.

al-rahn

p. 236-241

1. Qur'ān, 2. v. 283.
2. E.g., ibn Māja, *Sunan*, ii, 79.
3. Cf. ibn Rushd *al-Muqaddimāt*, ii, 362.
4. In this case a mortgagee has to share the value of the mortgaged property with other creditors as he had lost the advantage over them by not taking control of the property beforehand.
5. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 366,367.
6. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xi, 80.
7. The term *mal āzim* refers to the sale proceedings' costs.
8. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xi, 73.

9. Ibid. , 17,18.

10.Ibid. , 29.

11.Referring to Abū 'l-Walīd b. Rushd (above).

12.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, xi, 29,30.

13.Ibid. , 45,46.

14.Ibid. , 119,120.

15.Ibid. , 114.

16.This is a case in which pledged land has been put under the control of a third party who wishes to make it available to the mortgagor to farm under a sharecropping contract.

17.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, xi, 23.

18.Ibid. , 124,125.

19.If the creditor loses a pledged property, the debt is abolished against the lost property, and the debtor is no longer liable to the creditor.

20.E.g., al-Shawkānī , *Nayl* , v, 235.

21.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, xi, 116.

al-shah ād āt

p. 242-256

1. Qur'ān, 2. v. 143.

2. , Cf. Ibn Kathīr , *Tafsīr* , I, 196.

3. Ibid.

4. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddim āt*, ii, 269-272.

5. Ibid. , 283.

6. Ibid. , 292,293.

7. Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, ix, 426.

8. Ibid., 430,432.

9. Abū Yaḥyā Mālīk b. Dīnār al-Baṣrī(d.131/748). On him see Ibn Khallikān, *Wafay āt*, iv, 139.

10.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, ix, 434,435.

11.Sulaymān b. Muḥammad b. Baṭṭāl(d.400/1009). On him see Ibn Bashkuwāl, *al-Ṣila* , i, 194. I have been unable to locate his work.

12.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, x, 12.

13.Ibid. , 13,14.

14. °Abd al-°Azīz b. Abī Ḥāzim(d.186/802). On him see Ibn Farḥūn, *al-Dībāj* , ii, 23.

15., al-Bukhārī , *Ṣaḥīḥ* , iii, 147.

16.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, x, 56-58.

17.Ibid. , 87.

18.The term *jurḥa* in this case means that a body of evidence given is outweighed by the evidence of a more credible

witness. It may also refer to the subject themselves as one who is less than credible.

19.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, x, 165,166.

20.Ibid. , 202.

21.Qur'ān, 2. v. 282.

22.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, x, 38-41.

23.°Abd al-°Azīz b. Abī Salama al-Mājishūn (d.164/780).

On him see Kaḥḥāla, *Mu°jam* , v, 251.

24.Cf. *al-Mudawwana*, iv, 208,209.

25.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, x, 45.

26.Cf. *al-Mudawwana*, iv, 14.

27.Referring to *al-Mudawwana*, the second chapter of *nikāḥ*

28.Cf. *al-Mudawwana*, ii, 165.

29.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, x, 44.

30.In this case the author refers to the *fatwā* of Muṭarrif and Aṣbagh which suggest that if a preceding judge had passed a verdict in favour of a contending party, but this party had not yet received its due, and they could only prove the earlier outcome with a single witness, they are entitled to return to court with this single witness and assert their claim after taking an oath.

31.The term *musabbalan* refers to an endowment which is being devoted to a religious purpose, but the term *muʿaqqaban* means the endowment that is devoted to one's children and their offspring.

32.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, x, 93,94.

33.Abū ʿAbd Allāh Makḥūl b. ʿAbd Allāh al-Shāmī (d.114/732). On him see Ibn Khallikān, *Wafayāt*, v, 280.

34. The term *istihlāl* refers to the very first cry of a child at the moment in which they are born.

35. Abū Zayd °Abd al-Raḥmān b. °Affān al-Jazūlī (d. 744/1343). On him see Makhlūf, *Shajara*, 218.

36. Qur'ān, 65. v, 2.

37. Qur'ān, 2. v. 282.

38. Referring to governors who are chided by their sovereign for attempting to interfere with affairs which lie outside their appointed jurisdiction.

al-qisma

p. 257-261

1. Qur'ān, 4. v. 8.
2. E.g., al-Kāndahlawī *al-mas'ālik*, xii, 233.
3. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, iii, 92.
4. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xii, 106.
5. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, iii, 92,93.
6. Referring to a case in which a contending party claims that the property in question has been permanently divided between the parties into clearly distinguishable shares.
7. According to some jurists' opinion in Mālikī *fiqh* the minimum possession period to confirm the ownership of a disputed property is eight years for real estate, three years

for animals and one year for clothing. See al-Bāji, *Fuṣūl al-aḥkām*, 260.

8. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xii, 131.

9. The term *khars* means an estimation of the yield of crops or fruits before harvest, e.g., what quantity of dates will be obtained from a particular number of palm trees.

10. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xii, 119.

11. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 269.

12. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xii, 121.

13. The parties are of adequate legal age and discretion.

14. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xii, 136, 137.

al-mus āq āt

p. 262-264

1. This is an arrangement between an orchard owner and a partner whereby the partner undertake the maintenance of the given property based on the agreement that the resulting fruit crop will be shared between the two in predetermined proportions. Beside the fruit trees, the Māliki jurists have permitted this contract in respect of other agricultural production on the condition that the owner is unable to maintain it. According to the Māliki school *al-mus āq ātis* permissible; it was held as an exception from prohibited contracts of hire for an unknown wage, and for the sale of what is not in existence, because of people's necessity.
2. Qur'ān, 13. v. 4.
3. E.g., al-Kāndahlawī, *al-mas ālik*, xii, 6,7.
4. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddim āt*, ii, 548.

5. Ibid. , 552,553.

6. Ibid. , 555.

7. Ibid. , 556.

8. An orchard leased under a sharecropping contract, part of which is left uncultivated.

9. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 256-258.

al-sharika

p. 265-272

1. A partnership in which neither party can dispose without the other's permission. See Abū Jayb, *al-Qāmūs*, 263.
2. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, iii, 34-38.
3. Ibid. , 39-42.
4. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 247.
5. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xii, 11,12.
6. Ibid. , 35.
7. This is a farming partnership in which participants combine factors of production and share the resulting harvest. According to the example of *al-muzāraʿa*, cases that al-Miknāsī has discussed in his text, it indicates that this partnership had been widely practised among the

agricultural societies in Morocco at the time. Regarding the legality of *al-muz āra ʿa* partnership, al-Miknāsī has reported on the authority of ʿIyāḍ (d.544/1149) that there are two main different types of this partnership. Firstly, if all partners contribute to the combined stock of factors of production (land, seeds, farming implements etc) then the partnership is universally regarded among the Māliki jurists as valid. Secondly, if one partner contributes nothing but seeds, and the land is from the other partner, then the partnership is invalid. According to the Māliki school's ruling land is not permitted to be rented with any form of foodstuff of anything produced from the earth. Al-Miknāsī has noted that, apart from these two any other arrangement of *al-muz āra ʿa* is debatable among Māliki jurists who had discussed such arrangements with lengthy details, which he has not included.

8. A harvest season.

9. A partnership whereby the owner of a piece of land provides the land and the means of production for its cultivation, and the labourer earns one fifth of the harvest as their wage. More information about this partnership is

included in a discussion concerning the *al-khamm ās* case at the end of chapter one of the English text.

10. Aḥmad b. Muḥammad b. Aḥmad b. Muḥammad b.

Shuʿayb b. ʿAbd al-Malik b. Suhayl al-Qaysī known as Ibn Shuʿayb (d.729/1329). On him see Ibn al-Qāḍī, *Durra*, i, 127.

11. Abū Muḥammad ʿAbd Allāh b. Muḥammad b. Yūsuf

al-Shabībī (d.782/1380). On him see Makhlūf, *Shajara*, 225.

12. Abū ʿAbd Allāh Muḥammad al-Rammāḥ (d.749/1348).

On him see al-Wansharīsī, *Wafayāt*, 116.

al-waṣāyā

p. 273-284

1. Abū 'l-Ḥasan °Alī b. Muḥammad al-Ḥaḍramī known as Ibn Kharūf (d.609/1212). On him see Makhlūf, *Shajara*, 172.
2. E.g., al-Mundhirī, *Targhīb*, I, 80.
3. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 345.
4. Referring to the case in which a slave has been promised freedom upon his master's death. It is universally agreed amongst Māliki jurists that such a bequest can not be withdrawn.
5. Abū Muḥammad °Abd al-Salām al-Burjīnī, living around 606/1209. On him see Makhlūf, *Shajara*, 168.
6. Abū 'l-Qāsim °Abd al-Khāliq b. Shalbūn (d.391/1000). On him see Ibn al-Qunfud, *Sharaf al-ṭālib*, 51.

7. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 330,331.

8. A legal guardian proven to be inattentive to their religious duties. As a result he must be removed from his position of guardianship.

9. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 330.

10. Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, xii, 444,445.

11. The word *jīn ān* is the plural of *janna*, although in some countries such as Morocco it is commonly used to refer to a single orchard.

12. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 372.

13. Aḥmad b. Muḥammad b. Ziyādat Allāh al-Thaqafī (d.554/1159). On him see al-Ḍabbī, *Bughya*, 156.

14. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 378,379.

15. Muḥammad b. Aḥmad b. ʿIsā known as al-Jallāb
(d.875/1470) On him see Makhlūf, *Shajara*, 264.

16. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayʾān*, xiii, 44.

17. Ibid. , xii, 444.

18. A deferred portion of a wife's dower.

19. As instituted in the Qur'ān the heir's share of an inheritance may change according to his or her status in the case, e.g., if a husband dies, the wife will get one quarter if he has no children, but with the children she receives only one-eighth.

20. Qur'ān, 4. v, 11.

21. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayʾān*, xii, 464.

22. Referring to ʿAlī b. Ziyād (above).

23. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayʾān*, xiii, 33.

24. Ibid., xiii, 90-91.

25.Ibid., xiii, 106-107.

26.Ibid., xiii, 207.

27.Ibid., xiii, 227-228.

28.According to prophetic tradition, one is not allowed to bequeath one's property to any of those heirs whose share of the inheritance is already specified by the Qur'ān. However, the Mālikī school considers this lawful as long as all the heirs agree. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, iii, 114.

29.Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xiii, 274-275.

30.Qur'ān, 4. v. 6.

al-ḥubs , al-ṣadaqa , al-hiba

p. 285-292

1. According to the Mālikī school if a person has pledged a gift or charitable donation they will be legally bound to fulfil their pledge unless they become sick or bankrupt, although the gift or charitable donation will not be recognised as such until the beneficiary is in possession of the property. On the other hand the Ḥanafī and Shāfiʿī do not consider a pledge to be binding before the beneficiary takes possession of the property. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 408,409; al-Samraḡandī, *Tuḡfat al-fuḡah ā* , iii,223. *al-B āj ūrī*, ii, 54.
2. In the Mālikī doctrine there is a distinction between the *sharīʿa* notions of charity and gifts. Once given, a gift may be taken back, (a situation known as *iʿtis ār*), for example, a father takes back a gift donated to his son. On the other hand it is not permissible to reclaim what has been given in charity.
3. Cf. Ib Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 413-414.

4. The term *hubs* is used for any object given over or intended solely for pious purposes regardless of any reward in this life. One form allows use and access only by the beneficiary who is mentioned by name at the time of issuing *hubs*. The other form allows use and access by any member of society whilst the third form restricts access to only certain group of people, for example, students, travellers or orphans. *Hubs* is like giving something as a gift or as charity: it only becomes legally binding once the object has actually been handed over. The Māliki school acknowledges the legality of this practice based on the tradition of the Prophet and his companions. E.g., al-Dāraquṭnī, *Sunan*, iv, 186.
5. Ibid. , 417-419 ; cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 417,418.
6. E.g., al-Bayhaqī , *al-Sunan al-kubrā*, vi, 165.
7. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 419-421.
8. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xiii, 361-362.

9. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 418,419.

10.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, xii, 302.

11.Those who hold a right to the yield of an inalienable orchard might initiate this entitlement at the point of pollination.

12.Cf. Ib Rushd, *al-Bay ān*, xii, 190.

13.Ibid. , 254.

14.Cf. *al-Mudawwana*, iv, 425.

15.Referring to an early work of Mālikī *fiqh* known as *al-Tham āniya* by Abū Zayd b. °Abd al-Raḥmān (above) in which he includes all legal opinions that he had learnt from the early Mālikī scholars in Medina such as Ibn Kināna, Ibn al-Mājishūn and Muṭarrif. See al-Ḥajawī, *al-Fikr al-s āmī*, ii, 100. I have been unable to locate this source.

16.Referring to a deliberate false testimony.

al-ḥam āla

p. 293-298

1. According to the text the terms *ḥaml* and *ḥam āla* are a commitment by which someone gives a guarantee that a debtor will be present at a specific time or place to pay their debt. It can also be a pledge that a guarantor will be accountable for the debt should the debtor not make good, see also al-Bājī (*Fuṣūl*, 187,188). The difference between the two terms is that the guarantor can only pursue the debtor in the case of *ḥam āla*, but not in the case of *ḥaml*.
2. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 376-377.
3. The purchaser is deliberately delaying payment.
4. In this context the word *al-ʿidda* refers to a sale price.
5. If the debtor is unavailable to settle their due debt they should be granted a reasonable respite.
6. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayʿān*, xi, 331.

7. Ibid. , xi, 326.

8. Ibid. , xi, 300.

9. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 108.

10.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, xi, 302,303.

11.Ibid. , xi, 298,299.

12.Ibid. , xi, 337,338. In this case the creditor is said to have made a settlement with the guarantor covering the whole sum of the debts, a claim which they refute. The creditor is therefore required to take an oath to formally refute the claim. This is known as *yamīn al-tuhama*, which is sworn by an accused person or a contending party in order to refute their liability.

13.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, xi, 345.

14. A pledge by which someone gives guarantee that a debtor will be present at a specific time or place to pay their debt.

15. Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, xi, 320,321.

al-midyān , al-taflīs

p. 299-303

1. One who constitutes himself liable for the debt of another.
2. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 307-309.
3. The term refers to an oath taken by a debtor to assert their claim that they are unable to pay their debts.
4. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 311.
5. Ibid. , ii, 311, 312.
6. According to some Māliki jurists' opinion it is legal to search the debtor's mobile property as well as their home in order to find out if they have any money or other valuable item from which the creditor can be paid.
7. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 307.

8. In this case a debtor's confession that they are in debt to their son or daughter or a close friend is inadmissible. This is to prevent the debtor from holding on to property under this ruse.

9. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 313.

10. Ibid. , ii, 320.

11. Ibid., ii, 323.

12. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, x, 424.

13. Ibid. , x, 396,397.

14. Ibid. , x, 424.

15. Some Māliki scholars are of the opinion that the creditor in these circumstances should not be asked to take an oath, since that will obscure his right of demanding the payment.

16. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, x, 436

17. Ibid., x, 469.

al-ṣulḥ

p. 304-307

1. Qur'ān, 4. v. 114.
2. Cf. Ibn Ḥajar, *Fath al-bārī* ,ii, 132.
3. Al-Ḥasan b. °Alī b. Abī Ṭālib(d.49/669). On him see
Ibn Ḥajar, *al-Iṣāba*, ii, 60.
4. E.g., Abū Dāwūd, *Sunan*, 285.
5. E.g., al-Bayhaqī, *al-Sunan al-kubrā*, iv, 63.
6. Cf. Ibn Rushd, *al-Muqaddimāt*, ii, 517-519.
7. Ibid. , ii, 519.
8. Cf. *al-Mudawwana*, iii, 377.
9. Ibid. , 378.

al-wadī'a , al- 'āriyya

p. 308-311

1. Cf. Ibn 'Abd al-Barr, *al-Kāfi*, ii, 801.
2. The main point of the *wadī'a* discussion in the text concerns the position of a person with whom something of value is deposited who then loses what he has been entrusted with. The question here is whether or not the person should be held liable for what he has lost. An example in the text (page 309) concerns a man who was entrusted with some money which he placed in his pocket but then lost. Māliki jurists have differed upon the case; while some are of the opinion that the person in question is liable for the loss of the entrusted item, others argue that he is not, but must take an oath that he did indeed accidentally lose the item.
3. A traveller who is given money by others to buy them goods from his destination.
4. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 433.

5. According to a *fatwā* by Ibn ʿArafa; If a person dies before paying back a deposit which was under his care, the depositor has the same right to claim a portion of the inheritance as any other creditor. However, some other jurists do not give the same right to the depositor.

6. Muḥammad b. ʿUmar b. Saʿīd b. ʿAyshūn, the year of his death is unknown. On him see ʿIyāḍ, *Madārik*, iv, 460.

7. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xv, 294-295.

8. *ʿĀriyya* with a long vowel and *ʿAriyya* with a short vowel: The first term refers to the loan for use of any item not consisting of either food or money. Because the property on loan must be returned to the owner the borrower may be held liable for any damage or loss to the property unless he can prove his innocence. The second term is defined as a "loan for use, used in particular reference to the allocation to poor families of the produce of certain date palms by the owner of a date grove" (al-Wansharī, *Īdāh*, 125). The loaned object is clearly not

returnable in this case since it consists of food which is to be consumed.

9. Cf. Ibn ʿAbd al-Barr, *al-Kāfi*, ii, 808.

10. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xv, 330.

11. Ibid. , 331.

12. Ibid. , 321.

13. Ibid. , 332

14. In the event of an item being borrowed and the borrower claiming that he had returned the item to the owner, but the latter denying that he had received it, the nature of the item will dictate the liability. If it is an item one cannot distinguish from others (*mā yughābu ʿalayhi*) e.g., a piece of gold, then according to Māliki jurists the borrower's claim would not be accepted until he presents clear evidence. On the other hand, if it is characteristic (*mā lā yughābu ʿalayhi*) e.g., an animal, then the borrower's claim is acceptable although he has to take an oath.

Aḥkām al-dimā' wa 'l-ḥudūd

p. 312-316

1. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xvi, 370; Qur'ān, 5. v. 33.
2. A person who had received fatal wounds which caused their death.
3. An accusation made by a dying person charging another with inflicting fatal injuries upon him (a situation known as *tadmiya*). According to the Māliki school if such an accusation is upheld by the testimony of two acceptable witnesses then the procedure of compurgation (*qas āma*) takes place in order to establish the responsibility of the accused. Fifty men from the blood relatives of the victim would be requested to come forward and each has to then take an accusatory oath confirming the guilt of the accused, cf. Ibn Farḥūn, *Tabṣira*, I, 253. Coulson, *History*, 93.
4. Qur'ān, 28. v. 15.

5. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xv, 524.

6. An accusation made by a dying person charging another with the cause of their death, even though there are no clear wounds on their body which is known as *tadmiya bayḍā'*. There exists an interesting story behind the use of this kind of *tadmiya*. The *qāḍī* Abū Bakr al-Lu'lu'ī was known to accept *tadmiya bayḍā'*. In his private life, he had his heart set on purchasing his neighbour's orchard and continually pestered the owner with offers, thinking his chance had finally come when his neighbour fell ill. Under the guise of a social visit, the *qāḍī* again made an offer and was delighted when the owner told him to bring scholars to witness the contract. Upon the arrival of the witnesses the owner swore that his ill health was the result of the *qāḍī's* continual harassment and that if he should die, the *qāḍī* would have been the cause. Horrified, the *qāḍī* protested his innocence and promised never again to mention the orchard, upon which the accusation was withdrawn. Subsequent to this experience, the *qāḍī* refused to accept *tadmiya bayḍā'* in his court. See Ibn Farḥūn, *Tabṣira*, i, 254,255.

7. To Prove the offence of homicide, the guilt of the accused must be established either by his confession or by the normal standard of two acceptable eye-witnesses of the killing. Short of this, the testimony of a single witness - or nonequitable witnesses - or the discovery of the defendant near the body with blood stains on him (a situation known as *lawth*) will cast suspicion on the defendant but will not be considered proof in itself, cf. Ibn Farḥūn, *Tabṣira* , I, 253. Coulson, *History*, 93

8. Cf. Ibn ʿAbd al-Barr, *al-Kāfī* , ii, 1116.

9. Abū Zakariyyā Yaḥyā b. Saʿīd al-Dūkālī, date of death unknown. On him see Ibn al-Qāḍī, *Durra*, iii, 342.

10. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, xv, 496.

11. The term *mūdḥa* is "a wound which penetrates the body so as to expose the bone", (al-Wanshrīsī , *Īdāh* ,133), also *munaqqila* is a wound which breaks the bone and moves it from its position. Each of these injuries requires a set amount of compensation, the precise value of which is given in the text. These values are not specified in currency

as we know it today but in certain weights of gold and silver.

12.Cf. *al-Mudawwana*, iv, 557.

13.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, xvi, 417.

Jāmi' li mas ā'il min kulli b āb

p. 317-335

1. Cf. *al-Mudawwana*, iv, 14.
2. Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, x, 43,44.
3. Cf. *al-Mudawwana*, ii, 182.
4. Aḥmad b. Muḥammad b. Aḥmad al-Hilālī known as Ibn al-Manāṣif (d.585/1189). On him see al-Ḥajawī, *al-Fīkr al-s āmī*, ii, 227.
5. Cf. Ibn al-Manāṣif, *Tanbīh al-ḥukk ām*, 153.
6. Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, ix, 160.
7. Cf. Ibn al-Manāṣif, *Tanbīh al-ḥukk ām*, 156.
8. Ibid. , 167,168.

9. An area in the city of Fes in which the public notary's office was located during al-Miknāsī's era.

10. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, ix, 287.

11. Ibid.

12. Abū Muḥammad °Abd Allāh b. Ibrāhīm al-Aṣīlī (d.392/1001). On him see Makhlūf, *Shajara*, 100.

13. An item of jewellery worn by women.

14. A situation in which a consignee's home is ordered to be searched by the authorities.

15. Cf. Ib Rushd, *al-Bayān*, x, 354,355.

16. Ibid. , xvi, 26.

17. The land on which the purchased house is located is owned by the authorities.

18. The tribute which a local authority collects from people against their use of government land is continuous, rather than a one off payment.

19. Cf. al-Dusūqī, *al-Sharḥ al-kabīr*, ii, 322.

20. Cf. Ibn Rushd, *Fatāwā*, iii, 1421.

21. Ibid. , 1592.

22. Qur'ān, 2. v. 230.

23. Cf. Ibn Rushd, *al-Bayān*, x, 471.

24. Abū Ishāq Ibrāhīm b. Abī Yaḥyā b. Abī Bakr al-Tāzī (d.749/1348). On him see Ibn al-Qāḍī, *Durra*, i, 179.

25. If a creditor is unable to claim the debt while the inheritance is being distributed, they should at least inform a witness that they intend to demand the payment as soon as they are able in order to secure their right, a situation known as *istiḥfād*.

26. Abū ʿAbd Allāh Muḥammad b. Muḥammad b. ʿAbd al-Jalīl al-Qayrawānī (d.782/1380). On him see Makhlūf, *Shajara*, 225.

27. The couple were considered legally married on the basis of widespread hearsay .

28. Wooden beams inserted horizontally into a wall at right angles which provide the bases for a canopy.

29. Cf. Ibn Ḥārith, *Uṣūl al-fuṭyā*, 362.

30. Cf. Ibn al-Rāmī, *al-Iʿān*, 291.

31. The author considers this a prophetic tradition whereas other sources confirm it as a consensus of the companions, cf. Ibn Ḥārith, *Uṣūl al-fuṭyā*, 234; al-Kāndahlawī, *al-Masālik*, xii, 457.

32. A case in which a debtor sells his property to a creditor in settlement of a debt. Cf. Ibn Farḥūn, *Tabṣira*, i, 188. The jurists' debate in the text concerns the legality of such a

transaction if the creditor does not take possession of the property immediately after the agreement. Whilst some have considered this legal, others have not.

33. Abū Muḥammad °Abd Allāh b. Muḥammad Al-Wānḡhīlī (d.779/1377). On him see al-Wansharīsī , *Wafay āt* ,128.

34. A person in a position of authority who had used their position to usurp funds.

35. A quarry, the rocks from which are used to produce a form of paint.

36. Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, xiii, 388,389.

37. A case in which property is sold , but one party then claims that they had agreed to annul the contract and the property and fee are returned to their original owners.

38. Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, x, 328-330.

39. Clearing the irrigation canal from blockages.

40.Cf. Ibn Rushd, *al-Bay ān*, x, 330.

41.Cf. *al-Mudawwana*, iv, 72.

**Glossary of legal terms
and
phrases of the Arabic text**

Aghalla ghalltan : produced a yield, e.g. crop or profit yielded from an investment.

Ahr ā' : plural of *huri*, a store-house for grain, (al-Zāwī, *Mukhtār*, 634).

Ajb āḥ al-naḥl : beehives.

Aladda : being either deliberately unco-operative or refusing to pay a debt.

°*Al ā wajhi 'l-ḥisba* : for the sake of Allah.

Alghaza : being an ambiguous in one's statements.

°*Āqq* : being ill-mannered to one's parents.

°*Araḍ* : goods in any form other than money, gold or silver. Not including real estate (*uṣūl*), (Cf. *Mayy āra*, i, 291).

‘*Arṣa* : court yard of a house, or vacant piece of land among some buildings (al-Zāwī, *Mukhtār*, 416).

‘*Aṣaba* : “relatives from the father’s side” (al-Khuḍrāwī, *Qāmūs*, 285).

‘*Atāqa* : liberation from slavery.

‘*Ayn* : in this context, money, gold and silver.

Badā ṣalāḥuhu : the orchard fruits have already begun to mature.

Barā’at al-ṭalāq : a legal document which certifies a divorce.

Barīd : a distance, equal to twelve miles (Qal‘ajī, *Mu‘jam*, 87).

Bay‘u ’l-murābaḥa : “resale with a stated surcharge which represents the profit” (Schacht, *Introduction*, 154).

Bay‘u ’l-ghabn : a transaction in which one of the parties is being deceived in the sale, e.g. being sold a commodity for far more than it is actually worth.

Bayyina : an evidence.

Bayyina ʿal ā ʾl-sam ā ʿ : an evidence merely based on hearsay.

Bi ʾl-qatʿi : decisive evidence, e.g., evidence based on an eye witness account.

Bin ā ʾ : consummation of a marriage.

Dakhala bih ā : a married couple being together in private to consummate the marriage.

Dār al-hijra : the Holy City of Medina (in what is now Saudi Arabia) where the Prophet's mosque is situated.

Ḍarb al-ajal : to fix a date, e.g. fixing a date for a contending party to present his evidence.

Dhaw āt maḥ ārim : “near relatives with whom it is unlawful to marry”. (al-Khudrāwī, *Qām ūs*, 92).

Dhimma : responsibility, obligation.

Dhimma khariba : an inability to repay a debt.

Dirra : “a scourge made either of a flat piece of leather or twisted thongs” (al-Khudrāwī, *Qāmūs*, 133).

Dukhūl bin ā' : see *dakhala bih ā* .

Dulsa : falsified evidence.

Futy ā : the act of giving a legal opinion (*fatw ā*) on a case in question. (EI2, s.v. *fatw ā*).

Gharar : “uncertainty or unknown quantity concluded upon in contracts” (al-Wansharīsī , *Idāh*, 126).

Gharīm : a synonym term for both debtor and creditor, specified by the context, (al-Zāwī , *Mukhtār*, 454).

Ghishy ān : sexual intercourse.

Ḥamīl : surety, guarantor. One who constitutes themselves liable for the debts of another.

Ḥaw ā'īt : plural of *ḥ ā'īt* orchards.

Ḥaw āla : transfer of debts.

Ḥaw ālat al-asw āq : a change in market situation which affects commodity value.

Hiba : an immediate and gratuitous transfer of a property without the possibility of return (al-Wansharīsī , *Id āh*, 134).

Ḥid āna : a child custody.

Ḥir āba : a highway robbery.

Ibb ān : time or season, e.g., grain harvesting season.

Ib āq : a situation in which a slave runs away from his master.

Ib ār al-thamara : pollination, e.g., a pollination of a palm tree.

‘Idda : a prescribed waiting-period imposed on a woman by the Qur’ān after being widowed or divorced.

‘If āṣ : an old fashioned coin purse.

Iḥtil ām : state of puberty.

Il ā’ : “an oath to cease cohabitation with one’s wife for a longer period than four months” (Ruxton, *M ālikīlaw*, 135).

Infashsha al-ḥaml: the pregnancy turned out to be false.

Inṣirāmu ʿiddatih ā: the woman's prescribed waiting-period has passed.

ʿIṣma: a husband's matrimonial authority over his wife .

Istiḥlāf: a contending party's demand that their opponent take an oath.(Abū Jayb, *al-Qāmūs*, 94).

Istiḥsān: “personal choice and discretionary opinion of the lawyer, guided by his idea of appropriateness” (Schacht, *Introduction*, 37).

Istilḥāq: avowal of paternity.

Istirʿāʾ: a document containing witness' testimonies which corroborate the holder's claim.

Jāʾiḥa: crop damage or nature disaster.

Jihāz: the garments and furniture which a bride brings to her marital home.

Kal āla: a situation where by the deceased leaves neither ascendants nor descendants, but has left brothers or sisters (al-Khuḍrāwī, *Qām ūs*, 368).

K āli ': a deferred portion of a dower which is payable upon dissolution of marriage.

Khaw ābi: plural of *kh ābiya*, large vessels.

Khiṣb al-mas āriḥ: fertile grass-lands.

Kit āba: "a contract by which a slave acquires his freedom against instalment payment to his owner", (al-Wansharīsī, *Id āḥ*, 128).

Ladad: deliberate delay, e.g. a debtor deliberately delays payment and insists on dispute.

Lafif: a group of people.

Maf āza: desert or open country.

M ā ḥalla min k āli'ih ā: the wife's deferred portion of dower which has become due.

Maḥjūr : a legally declared incompetent person who is placed under guardianship.

Majbūb : a man who has his penis cut off.

Makhzan : name of the Moroccan government as it existed prior to the twentieth century.

Mal ā' and *Malī'* : a state of being able to repay a debt or fulfil financial obligations e.g., *nafaqa*.

Mālun n ādd : cash, hard money.

Maq āthī : root crops, e.g., carrots, turnip etc.

Masīs : an indirect expression meaning sexual intercourse.

Maskh ūt : a person not meeting the legal requirements of righteousness.

Maṭmar : underground granary.

Midy ān : a debtor.

Min ahli 'l-ṣawni : a person with high moral standing.

Mu^cannasa : spinster, i.e., a woman who remains single after the conventional age for marriage.

Mudd : a dry measure equalling approximately two-thirds of a kilogram. (al-Khudrāwī, *Qāmūs*, 386).

Mughārasa : “a form of contract for planting an orchard” (Ruxton, *Mālikīlaw*, 401).

Muhmala : a virgin or female minor free from all authority, that is without father or legal guardian, (Ruxton, *Mālikīlaw*, 110).

Mujbir : a father who may impose marriage on his young daughter (Ruxton, *Mālikīlaw*, 92).

Mukātiba : a female slave who has been granted a contract of freedom by her owner against instalment payments that she provides to the owner.

Muntahib al-ṣurra : a thief who snatches or robs a cloth bundle containing valuables.

Muqaddam : an officially appointed legal guardian (Wehr, *Dictionary*, 750).

Murashshada : a girl who is considered by her father or guardian as mature and capable of managing her financial affairs.

Murtaji ^c : a husband who has brought his wife back to the marital bond after revoking his divorce within her prescribed waiting-period.

Mu^ctarad : a man being unable to cohabit with his wife.

Muwallā ‘alayhi, or *‘alayh ā* : a person who is placed under guardianship because of his or her minor state.

Nā’ira : enmity, hostility.

Nakala : a contending party refusing to testify or to take an oath.

Nakhkhās : slave or animal trader.

Nam ā’ : financial growth.

Naqadah ā naqdah ā : a portion of the dower which is paid to one’s wife before consummation.

Nāshiz : disobedient wife.

Nasī'a : delay of payment.

Nikāhu ghibṭatin : an enviable marriage.

Qalb al-yamīn : refusing to take a requested oath and referring it on to a contending party in the form of a challenge.

Qaṣṣār : a person who works as a fuller or bleacher.

Qisās : legal retaliation, a punishment which, is fixed by *sharī'a* law.

Raqīq al-ḥā'it : slaves who specifically work in their master's orchard.

Rasm al-dayn : a deed, usually signed by witnesses, which contains the names of both creditor and debtor as well as details of the debt.

Rasm al-qirāḍ : a contract which contains the agreement of *qirāḍ* between an agent and investor who has supplied the funds for investment.

Rasm al-ṣadāq : a dower deed.

Rasm al-zawjiyya : a marriage certificate.

Ribā^c: plural of *rab^c*, dwelling-house.

Rihān: plural of *rahn*, an object held to secure a loan, as in the case of debt, (al-Zāwī, *Mukhtār*, 264).

Ruqyā: "Qur'anic recitation over a patient" (al-Khudrāwī, *Qāmūs*, 164).

Sābāt and *sawābīt*: canopy, often used along old houses or market streets in old cities, (al-Zāwī, *Mukhtār*, 287) .

Sadāq musamma: a dower which is stated in the marriage contract.

Sadāqu 'l-mithl: a proper dower "which is determined with regard to the social position and the other qualities of the bride", (Schacht, *Introduction*, 167).

Sadd al-dharī'a: "prohibition of evasive legal devices", (Qal'ajī, *Mu'jam*, 191).

Samā^c: when the term is attributed to a jurist, (e.g., *samā^c 'Isā*, *samā^c Ashhab*, etc.) it refers to a series of notebooks, containing

separate items on all sorts of issues in *fiqh*, succeeding one another with no predictable plan.

Sawārī : columns in a building .

Shah ādat al-sam ā^c : a witness testimony based on hearsay.

Shajja : a wound inflicted upon one's head or face.

Shana'ān : hatred.

Shawratuh ā : woman's clothes and belongings at her marital home .

Sikka : gold and silver coins, currency.

Siyāqa : a dower which is not in monetary form, e.g., animal or real estate.

Subra : a pile of harvested crop.

Surriyya : a slavegirl who has a sexual relationship with her master.

Tabkīt : to silence one's opponent with the strength of evidence against them.

Tafāḍul : a form of bartering - with particular reference to food, gold and silver- whereby there is a disproportionate exchange of similar goods. This practice is not permitted according to Mālikī law as it constitutes usury.

Tahjūr : an interdiction imposed by the vendor upon the buyer so the latter can not sell or donate the object that he bought.

Tahwīz : enabling someone to take legal possession of an object.

Talāq al-sunna : a single divorce which is pronounced at one time out of the wife's period of menstruation or confinement, and prior to any sexual intercourse between the parties during the wife's purity (Ruxton, *Mālikī law*, 127).

Talāq rajʿī : revocable divorce.

Talāq bāʿin : irrevocable divorce.

Talāq khulʿ : a divorce in which the wife redeems herself from the marriage for a consideration.

Tanaḥḥiyan : to disengage oneself from an obligation.

Tasarrī : a sexual relationship between an owner and his slave-girl.

Tazkiya : a person who in general obeys the moral and religious law is called *ʿadl* and bears the quality of *ʿadāla*. *Tazkiya* is the procedure for substantiating the *ʿadāla* of a witness, so that his evidence can be received by the judge, (Cf. EI2, s.v. *ʿadl*, 209).

Thamaru ḥ ā'itīn : an orchard fruit.

Thiq āf al-ḥajr : a state of being under the control of a legal guardian.

Unisa minhu 'l-rushd : a legally declared incompetent person who has shown a certain degree of sensible conduct.

ʿUdhratuh ā : a girl's virginity.

ʿUqūd lāzima : irrevocable, or legally binding contract.

Waḍīʿa : reduction either in a sale price or a dower.

Wajība : "the lease period over which a lessor receives his instalments gradually", (al-Wansharīsī , *Īd āh*, 134).

Waṣīyya : will, bequest not exceeding one third of entire legacy (al-Wansharīsī , *Īd āh*, 134).

Wik ā' : a cord used to tie an old fashioned purse or bag.

Yatagh ābanu 'l-n āsu fī mithlihi : a trade in which minor deception is unavoidable and acceptable.

Yataṣ ādaq ā °al ā 'l-masīsi : a husband and wife agree that sexual intercourse had taken place before the divorce has occurred.

Yudrabu °al ā yadayhi : to prevent a legally declared incompetent person from managing their own financial affairs, (Cf. Ibn Farḥūn, *Tabṣira* , i, 31).

Zahwu : the period in which orchard fruits begin to mature.

Zim ām al-qad ā' : a day book of the court.

Zi'r : a foster mother who is paid to suckle and look after a child by his parents.

Zu°āq : naturally undrinkable water from a well.

Zuyūf : forged money.

BIBLIOGRAPHY

Arabic sources

Abū Dāwūd Sulaymān b. al-Ash'ath al-Sijistānī, *Sunan abī Dāwūd*, ed. Muḥammad Muḥyī 'l-Dīn °Abd al-Ḥamīd, Beirut, Dār al-Fikr, n.d.

Abū Jayb, Sa'adī, *al-Qāmūs al-fiqhī lughatan wa 'iṣṭilāḥan*, Damascus, Dār al-Fikr, 1982.

Aḥmad Bābā, Aḥmad b. Aḥmad Aqīt, *Nayl al-ibtihāj bi-taṭrīz al-dībāj*, Cairo, Maṭba'at al-Sa'āda, n.d.

Aḥmad °Umar, Ibrāhīm al-Mukhtār, *al-Madkhal al-wajīz fī 'iṣṭilāḥāt madhhab al-s'ādātī 'il-mālīkiyya*, ed. °Abd Allāh al-Sabbāgh, Cairo, Maktabat al-Nūr, 1993.

Al-°Alamī, °Isā b. °Alī al-Ḥasanī, *al-Nawāzil al-fiqhiyya*, ed. al-Majlis al-'ilmī, Fes, Ministry of Islamic affairs, 1986.

°Allām, °Abd Allāh °Alī, *al-Dawla al-Muwahḥidiyya*, Cairo, Dār al-Ma'ārif, 1971.

Al-Bājī, Abū 'l-Walīd Sulaymān b. Khalaf, *Fuṣūl al-aḥkām*, ed. al-Batūl Bin°Alī, Rabat, Ministry of Islamic affairs, 1990.

Al-Bayhaqī, Abū Bakr Aḥmad b. al-Ḥusayn b. °Alī, *al-Sunan al-kubrā*, Ḥaydar'ābād .1344/1925.

Bin°abdillāh, °Abd al-°Azīz b. Muḥammad, *Ma°lamat al-fiqh al-Mālikī*, Beirut, Dār al-Gharb al-Islāmī, 1983.

Bin°abdillāh, °Abd al-°Azīz b. Muḥammad, *Ta'riḫ al-Maghrib*, Casablanca, Maṭb°at al-Jāmi°a, 1980.

Al-Bukhārī, Abū °Abd Allāh Muḥammad b. Ismā°il b. Ibrāhīm b. al-Mughīra, *Ṣaḥīḥ al-bukhārī*, Beirut, Dār al-fikr, 1981.

Al-Dabbī, Aḥmad b. Yaḥyā b. °Umayra, *Bughyat al-multamis fī ta'riḫ rijāl ahl al-Andalus*, Majrīt 1884.

Al-Dāraquṭnī, °Alī b. °Umar, *Sunan al-dāraquṭnī*, ed. °Abd Allāh Hāshim Yamānī, Cairo, Dār al-Maḥāsin 1966.

Al-Dhahabī, Muḥammad b. Aḥmad, *Tadhkirat al-huffāz*, ed. Muṣṭafā °Alī, Dā'irat al-Ma°ārif al-Niẓāmiyya, Ḥaydar'ābād, 1914.

Al-Fāsī, Muḥammad al-°Abid, *Fihris makḥṭūṭāt al-Qarwiyyīn*, Casablanca, Dār al-Kitāb, 1979.

Al-Ghunaymī, °Abd al-Fattāḥ Muqallid, *Mawsū°at ta'rīkh al-Maghrib al-°Arabī*, Cairo, Maktabat Madbūlī, 1994.

Al-Ḥajawī, Muḥammad b. al-Ḥasan al-Fāsī, *al-Fikr al-sāmī fī t'rīkh al-fiqh al-islāmī*, al-Madīna al-Munawwara, al-Maktaba al-°Ilmiyya, 1977.

Ḥarakāt, Ibrāhīm, *al-Maghrib °abr al-t'rīkh*, Casablanca, Dār al-Sulamī, 1965.

Ḥasan °Alī Ḥasan, *al-Ḥaḍāra al-islāmiyya fī 'l-Maghrib wa 'l-Andalus*, Cairo, Maktabat al-Khānjī, 1980.

Ibn °Abd al-Barr, Abū °Umar Yūsuf b. °Abd Allāh b. Muḥammad, *al-Kāfi fī fiqh ahl al-Madīna al-Mālikī*, ed. Muḥammad Mādīk, Riyad, Maktabat al-Riyāḍ al-Ḥadītha, 1980.

Ibn °Abd al-Barr, Abū °Umar Yūsuf b. °Abd Allāh b. Muḥammad, *al-Istī°ab fī ma°rifat al-aṣḥāb*, ed. °Alī Mu°awwḍ and °Adil Aḥmad, Beirut, Dār al-Kutub al-°Ilmiyya, 1995.

Ibn Abī 'l-Dam, Shihāb al-Dīn Ibrāhīm b. °Abd Allāh , *Adab al-qaḍā'* , ed. Muḥammad al-Zuḥaylī , Damascus, Dār al-Fikr, 1982.

Ibn Bashkuwāl, Abū 'l-Qāsim Khalaf b. °Abd al-Malik, *al-Ṣila fī ta'rīkh a'immat al-Andalus* , Cairo, °Izzat al-°Aṭṭār, 1955.

Ibn Farḥūn, Ibrāhīm b. °Alī b. Muḥammad, *al-Dīb āj al-mudhhab fī ma°arifat a°yān °ulamā' al-madhhab*, ed. Muḥammad al-Aḥmadī, Cairo, Dār al-Turāth, 1974.

Ibn Farḥūn, Ibrāhīm b. °Alī b. Muḥammad, *Tabṣīrat al-ḥukkām fī uṣūl al-aqdiya wa man āhij al-aḥkām*, Beirut, Dār al-Kutub al-°Ilmiyya, n.d.

Ibn Ḥajar, Abū 'l-Faḍl Aḥmad b. Aḥmad b. °Alī al-°asqalānī , *Tahdhīb al-tahdhīb* , ḥaydar°ābād, 1902.

Ibn Ḥajar, Abū 'l-Faḍl Aḥmad b. Aḥmad b. °Alī al-°asqalānī , *al-Iṣāba fī tamyiz al-ṣaḥāba*, ed. °Adil °Abd al-mawjūd and others, Beirut, Dār al-Kutub al-°Ilmiyya, 1995.

Ibn Ḥanbal, Aḥmad b. Muḥammad, *al-Musnad* , ed. Aḥmad Shākir , Cairo, Dār al-Ma°ārif, 1949 .

Ibn Ḥārith, Muḥammad al-Khushanī, *Uṣūl al-futyā fī 'l-fiqh 'alā madhhab al-imām Mālik*, ed. Muḥammad al-Majdūb and others, Tunisia, al-Dār al-ʿArabiyya li 'l-kitāb, 1979.

Ibn Khaldūn, ʿAbd al-Raḥmān, *al-ʿIbar wa- dīwān al-mubtadā wa'l-khabar*, Beirut, Dār al-Kutub al-ʿIlmiyya, 1992.

Ibn al-Khaṭīb, Lisān al-Dīn Muḥammad, *T'rīkh al-Maghrib al-ʿArabī fī 'l-ʿaṣr al-wsīl*, (a moderate edition of part iii of Ibn al-Kaṭīb's work *Aʿmāl al-aʿlām*) ed. by al-ʿAbbādī and al-Kattānī, Casablanca, Dār al-kitāb, 1964.

Ibn Khallikān, Aḥmad b. Muḥammad b. Abī Bakr, *Wafayāt al-aʿyān wa anḥā' al-zamān* ed. Iḥsān ʿAbbās, Beirut, Dār al-Thaqāfa, 1968-1972.

Ibn Māja, Abū ʿAbd Allāh Muḥammad b. Yazīd, *Sunan ibn māja* ed. Muḥammad ʿAbd al-Bāqī, Cairo, Dār Iḥyā' al-Kutub al-ʿArabiyya, 1952-53.

Ibn al-Manāṣif, Muḥammad b. ʿĪsā, *Tanbīh al-ḥukkām 'alā ma'ākhidh al-aḥkām*, ed. ʿAbd al-Ḥafīz Maṣṣūr, Tunisia, Dār al-Turkī, 1988.

Ibn al-Qāḍī, Abū 'l-°Abbās Aḥmad b. Muḥammad al-Miknāsī, *Durrat al-ḥijāl fī asmā' al-rijāl* ed. Muḥammad al-Aḥmadī, Cairo, Dār al-Turāth, 1971.

Ibn al-Qāḍī, Abū 'l-°Abbās Aḥmad b. Muḥammad al-Miknāsī, *Laqṭ al-farā'id min lufāẓati ḥuqaq al-fawā'id*, published under the title *Alf sana min al-wafayāt*, ed. Muḥammad Ḥajjī, Rabat, Dār al-Maghrib, 1976.

Ibn al-Qunfud, Aḥmad b. Ḥasan al-Khaṭīb, *Sharaf al-tālib fī asnā al-maṭālib*, published under the title *Alf sana min al-wafayāt*, ed. Muḥammad Ḥajjī, Rabat, Dār al-Maghrib, 1976.

Ibn al-Rāmī, Muḥammad b. Ibrāhīm al-Lakhmī, *al-I'ān bi-aḥkām al-bunyān*, included in *Majallat al-fiqh al-Mālikī*, a periodical on Mālikī *fiqh*, issues 2-4, 274-490, Rabat, Ministry of Justice, 1982.

Ibn Rushd, Abū 'l-Walīd Muḥammad b. Aḥmad, *Fatāwā ibn Rushd*, ed. al-Mukhtār al-tillīlī, Beirut, Dār al-Gharb al-Islāmī, 1987.

Ibn Rushd, Abū 'l-Walīd Muḥammad b. Aḥmad, *Al-Bayān wa 'l-taḥṣīl fī masā'il al-mustakhrāja*, ed. Muḥammad Ḥajjī and others, Beirut, Dār al-Gharb al-Islāmī 1984.

Ibn Rushd, Abū 'l-Walīd Muḥammad b. Aḥmad, *Al-Muqaddimāt al-mumahhidāt li bayān mā iqtadathu rusūm al-mudawwana min al-aḥkām al-sharʿiyyāt*, ed. Muḥammad Ḥajjī and Saʿīd Aʿrāb, Beirut, Dār al-Gharb al-Islāmī 1988.

Ibn Zaydān, ʿAbd al-Raḥmān b. Muḥammad b. ʿAbd al-Raḥmān, *Ithāf al-ʿlām al-nās bi jamāl akhbār ḥādrat miknās*, Rabat, Maṭbaʿat al-Muʿallim, 1933.

Ibrāhīm ʿAlī Ḥasan, *Khālīdūn fī taʾrīkh al-Maghrib, al-Mawlā Idrīs*, Casablanca, Dār al-Thaqāfa, 1985.

ʿIyād, Abū 'l-Faḍl ʿIyād b. Mūsā b. ʿIyād al-Sabtī, *Tartīb al-madārik wa taqrīb al-masālik*, ed. Aḥmad Bakīr Maḥmūd, Beirut, Dār al-Ḥayāt, n.d.

Kaḥḥāla, ʿUmar Riḍā, *Muʿjam al-muʿallifin tarājum muṣannifī al-kutub al-ʿarabiyya*, Damascus, al-Maktaba al-ʿArabiyya, 1957-61.

Al-Kāndahlawī, Muḥammad Zakariyyā, *Awjaz al-Masālik ilā Muwṭṭa' Mālik*, Beirut, Dār al-Fikr, 1989

Kannūn, °Abd Allāh , *al-Nubūgh al-Maghribī fī 'l-adab al-°Arabī*, Beirut, Dār al-Kitāb al-Lubnānī, 1975.

Al-Kāsānī, Abū Bakr b. Mas°ūd , *Bad'ā'ī° al-°an ā'ī° fī tartīb al-shar ā 'ī°*, Cairo, Maktabat al-Imām, 1909-1910.

Al-Kattānī, Muḥammad b. Ja°far b. Idrīs, *Salwat al-anfās wa muḥādathat al-akyās biman uqbira min al-°ulam ā 'ī wa 'l-°ulaḥ ā 'ī bi Fās*, Rabat, Maṭba°at al-Mu°allim, 1310/1892.

Al-Kattānī, Muḥammad al-Muntaṣir, *Fās °āṣimat al-Ad'ārisa*, Beirut, Dār Idrīs, 1972.

Al-Khuḍrāwī, Dīb , *Qāmūs al-alfāz al-Islāmiyya*, Damascus, al-Yamāma , 1995.

Al-Māḥī, °Alī Ḥāmd, *al-Maghrib fī °aṣr al-sulṭān Abī °In ān*, Casablanca, Dār al-Nashr al-Maghribiyya, 1986.

Makhlūf , Muḥammad b. Muḥammad , *Shajarat al-nūr al-zakiyya fī ṭabaqāt al-mālikiyya*, Beirut, Dār al-Kitāb al-°Arabī, n.d.

Al-Mālikī, Abū Bakr °Abd Allāh b. Muḥammad , *Riyād al-nufūs fī ṭabaqāt °ulam ā ' al-qayrawān wa- ifrīqiya*, ed. Bashīr al-Bakkūsh, Beirut, Dār al-Gharb al-Islāmī , 1983.

Al-Marrākeshī , °Abd al-Wāḥid b. °Alī , *al-Mu°jib fī talkhīṣ akhbār al-Maghrib*, ed. Muḥammad Zaynuhum , Cairo, Dār al-Turāth, 1963.

Al-Mudawwna al-kubrā, by Mālik b. Anas, in the recension of Saḥnūn, ed. Aḥmad °Abd al-Salām, Beirut, Dār al-Kutub al-°Ilmiyya, 1994.

Al-Mundhirī, °Abd al-°Aẓīm b. °Abd al-Qawiy, *al-Targhīb wa 'l-tarhīb*, ed. Muṣṭafa °Imāra, Beirut, Dār al-Fikr. 1954.

Muslim, Abū 'l-Ḥasan Muslim b. al-Ḥajjāj al-Qushayrī , *Ṣaḥīḥ muslim*, ed. Mūsā Shāhīn and Aḥmad Hāshim, Beirut, Mu'assasat °Izz al-Dīn, 1987

Al-Nasā'ī, Aḥmad b. Sa°id, *Sunan al-nasā'ī*, Beirut, Dār al-Kutub al-°Ilmiyya, 1991.

Al-Nāṣirī, Aḥmad b. Khālīd, *al-Istiḳṣā' li akhbār diwal al-Maghrib al-aqṣā*, ed. Ja°far and Muḥammad al-Nāṣirī, Casablanca, Dār al-Kitāb, 1954-56.

Al-Nubāhī, Abū 'l-Ḥasan b. °Abd Allāh b. al-Ḥasan al-Mālaqī , *Ta'riḫ quḍāt al-Andalus*, Beirut, al-Maktab al-Tijārī, 1948.

Qal'ajī, Muḥammad Rawwās, *Mu'jam lughat al-fuḡah ā* ', Beirut, Dār al-Nafā'is, 1996.

Al-Qarāfī, Aḥmad b. Idrīs b. °Abd al-Raḥmān, *alFurūq*, Cairo, Dār Ihyā' al-Kutub al-°Arabiyya, 1925.

Al-Qurashī, Ghālib b. °Abd al-Kāfī, *Awwaliyyāt al-Fārūq fī 'l-idāra wa 'l-qadā* ', Beirut, Mu'assasat al-kutub al-thaqāfiyya, 1990.

Al-Sā'iḥ, al-Ḥasan al-Sā'iḥ, *al-Ḥadāra al-maghribiyya °abr al-ta'riḫ*, Casablanca, Dār al-thaqāfa, 1975.

Al-Sakhāwī, Shams al-Dīn Muḥammad b. °Abd al-Raḥmān, *al-Daw' al-lāmi° li ahl al-qarn al-tāsi°*, Cairo, Maktabat al-Qudusī, 1353/1934.

Al-Ṣan°ānī, Abū Bakr °Abd al-Razzāq b. Hammām, *al-Muṣannaf*, ed. Ḥabīb al-Raḥmān al-A°zamī, Beirut, al-Maktab al-Islāmī, 1972.

Al-Shawkānī, Muḥammad b. °Alī b. Muḥammad, *Nayl al-awṭār min aḥādīth sayyid al-akhyār*, ed. Rabī° °Abd al-Bāqī, Beirut, Dār al-Jīl, 1992.

Al-Suyūṭī, Jalāl al-Dīn °Abd al-Raḥmān b. Abī Bakr , *Ṭabaqāt al-ḥuffāz*, ed. °Alī Muḥammad °Umar, Cairo, al-Ḥalabī, 1948.

Al-Ṭarābulṣī, °Alī b. Khalīl, *Mu°in al-ḥukkām fīmā yataraddadu bayna 'l-khaṣmayni mina 'l-aḥkām*, Cairo, al-Maṭba°a al-Mīriyya, 1880.

Al-Tāzī, °Abd al-Hādī, *Jāmi° al-Qarawiyyīn al-masjid wa 'l-jāmi° bi madīnati fās*, Beirut, Dār al-Kitāb al-Lubnānī, 1973.

Al-Tirmidhī, Abū °Isā Muḥammad b. °Isā b. Sawra, *Sunan al-tirmidhī*, ed. Aḥmad Shākir and Muḥammad °Abd al-Bāqī, Cairo, al-ḥalabī, 1937.

Al-Wansharīsī, Aḥmad b. Yaḥyā, *Īdāḥ al-masālik*, ed. al-Sādiq al-Ghiryānī, University of Exeter, Faculty of Arts, 1984.

Al-Wansharīsī, Aḥmad b. Yaḥyā, *al-Mi°yār al-mu°rib wa 'l-jāmi° al-mughrib °an fatāwā ahl al-Andalus wa 'l-Maghrib*, ed. Muḥammad Ḥajjī and others, Rabat, Ministry of Culture, 1981-83.

Al-Wansharīsī, Aḥmad b. Yaḥyā, *Wafayāt al-wansharīsī*, published under the title *Alf sana min al-wafayāt*, ed. Muḥammad Ḥajjī, Rabat, Dār al-Maghrib. 1976.

Al-Zāwī, al-Ṭāhir Aḥmad, *Mukhtār al-qāmūs*, Tunisia, al-Dār al-ʿArabiyya li 'l-Kitāb, 1977.

Al-Ziriklī, Khayr al-Dīn, *al-Aʿlām, qāmūs tarājum li ashhar al-rijāl wa 'l-nisā*, 'Cairo, 1970.

English sources

Abun-Nasr Jamil M., *A History of the Maghrib in the Islamic period*, Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

Brockelmann, Carl, *Geschichte Der Arabischen Litteratur*, Leiden: Brill, 1946.

Coulson, Noel James, *A History of Islamic Law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1964.

Demombynes, Maurice Gaudefroy, *Muslim Institutions*, translated by John P. Macgregor, London: Allen & Unwin 1961.

Encyclopaedia of Islam, second edition, Leiden: Brill, 1960.

Julien, Charles Andre, *History of North Africa*, translated by John Petrie, edited and revised by Le Tourneau, London: Routledge & Kegan Paul 1970.

Le Tourneau, Roger, *Fez in the age of the Merinids*, ed. Besse Clement, Oklahoma: Oklahoma University Press, 1961.

Melchert, Christopher, *The formation of the Sunni Schools of Law*, Leiden: Brill, 1997.

Pearl, David, *A Textbook on Islamic Law*, London: Croom Helm, 1979.

Powers, David S., "Kadijustiz or *Qāḍī* justice", 1 *Islamic Law and Society*, 1994, 332-366.

Powers, David S., "The Art of the judicial opinion on *tawlīj* in fifteenth-century Tunis", 5 *Islamic Law and Society*, 1998, 359-381.

Powers, David S., *Islamic legal interpretation*, ed. with M. Masud and B. Messick, Cambridge: Massachusetts, 1996.

Ruxton, F. H. *Maliki Law*, London: Luzac & Company 1916.

Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford: Oxford University Press 1964.

Sezgin, Fuat, *Geschichte des Arabischen Schrifttums*, Leiden: Brill 1967-84.

Terrasse, Henri, *History of Morocco*, translated by Hilary Tee, Casablanca: Editions Atlantides, 1952.

Weiss, Bernard G. and Arnold H. Green, *A Survey of Arab History*, Cairo: American University Press, 1958.

أكثر أصحاب مالك، ومنها جواز أفعال السفية الذي لم يول عليه، وهو قول مالك، ودليله في كتاب المديان (41)، ومنها جواز التفاضل في المزارعة إذا سلمت من كراء الأرض بالطعام، أو ببعض ما يخرج منها، وهو قول عيسى ابن دينار، ومنها المزارعة لا تنعقد إلا بالشروع في العمل، وهو قول ابن كنانة، ومنها عدم جواز قسمة الدار إلا إذا يصير منها لكل واحد من البيوت، والساحة ما ينتفع به ويستتر فيه عن صاحبه، ومنها وجوب الشفعة فيما لا ينقسم، وهو قول مالك^١، ومنها وجوب الشفعة في الأموال الموظفة، وهو مذهب الليث، ومنها عدم وجوب الحمل^٢ بالحق إلا بشاهدين، وقاله سحنون، ومنها وجوب الحميل على من لا تعرف عينه لتشهد البينة على عينه، فإن عجز عنه، وكانت البينة غائبة، سجن، وقاله أشهب، ومنها دخول الشيء المستحق في ضمان المستحق منه، وتكون له الغلة، ويجب توقيفه وقفًا يحال بينه وبينه إذا ثبت بشاهدين، وهو قول مالك في الموطأ، والغير في المدونة، ومنها وجوب القسامة مع شهادة غير العدول من اللقيف، ومنها عدم جواز الشهادة على خط الشاهد إلا في الأحباس المعقبة، الموقوفة إذا اقترن بها السماع، ومنها وجوب اليمين على الحالف قائما مستقبل القبلة، وهو مذهب ابن الماجشون، ومنها منع الوصي من النظر لأولاد محجوره إلا بتقديم مستأنف.

انتهى ما حضرني في هذا المجموع، والحمد لله حق حمده، والصلاة والسلام على مولانا محمد نبيه، وعبداه، وذلك بعد صلاة الظهر من يوم الأحد الرابع لربيع الآخر عام ستة وتسعين وثمانمائة، فرحم الله كاتبه، وقارئه، وكاسبه، ومن رأى خللا فأصلحه، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وسلم.

^١ (ومنها وجوب الشفعة ... قول مالك) سقط ذلك من خ ٢ .
^٢ في ب ، ت ، خ ، ١ ، س الحميل.

قلت: انظر هذا الذي قال ابن رشد رحمه الله، إنما يمكن إذا كان نصيب كل واحد إذا سقى به، وتم به منفعتة، لا يصرفه للساقية، وأما إن كان إذا تم به عمله صرفه إلى الساقية^١، فيجب عليه أن يعمل مع من بعده، حتى يصل ماء الساقية إلى مصرفه من النهر الكبير.

وأما كنس ساقية الرحاضات التي ينتفع بعضهم بأعلاها، وبعضهم بأسفلها، فالحكم فيها على ما قال أصبغ من أن يعمل الأعلى مع الأسفل، ولا يعمل الأسفل مع الأعلى؛ لأن ماء الأعلى، ووسخهم يجري على الأسفل، وليس للأسفل على الأعلى مجرى، وقد بين ذلك ابن أبي زيد في النوادر على ما نقله عن سحنون؛ فقال على الأول أن يكس وحده حتى يبلغ إلى الثاني، ثم على الأول والثاني الكنس حتى يبلغا إلى الثالث، هكذا أبدا، حتى يبلغوا إلى آخرها، ثم قال وهذا لا اختلاف فيه، إذا كانت تجري في الأزقة والطرق، وأما إذا كانت تجري في الدور، والأماك فقليل إن على كل واحد من أرباب الدور، والأماك أن ينقي ما في داره، أو ملكه منها، وهو الذي يأتي على مذهب أشهب، وأحد قولي ابن القاسم في أن تنقية الكنف المشتركة على قدر الأنصاء، وتنقية كنف الدور المكتراة على أرباب الدور، لا على المكتري(40).

قلت: والقول الآخر لم يذكره ابن رشد هنا، وهو الذي وقع لأصبغ في الرواية، وهو الذي تقدم لابن رشد عن أصبغ، أن الأعلى يعمل مع الأسفل، ولا يعمل الأسفل مع الأعلى، قلت: وبهذا كان يفتي الفقيه ابن آمال، وبالأخر كان يفتي الفقيه العبدوسي، وعلل العبدوسي فتياه بأن قال: لا تملك عليه أرضه بذلك، ونقل ابن دبوس مثل فتيا العبدوسي، وخلاصته إن علم ملك ممر الساقية لأربابها كان عليهم التخميل، وإن لم يعلم ملكهم لممرها فالتنقية على رب الدار.

ومنها ذكر المسائل التي خالف فيها الأندلسيون مذهب ابن القاسم، وهي ثماني عشرة مسألة: منها مراعاة الكفاءة في النكاح في الحال، والمآل، ومنها ما التزمته المالكة أمر نفسها في الخلع من نفقة ولدها بعد الحولين لازم، وهو قول المغيرة، ومنها أن لا يلزموا الإخدام إلا في ذات القدر، وهو قول ابن الماجشون، ومنها أخذ ما التزمته المالكة أمر نفسها في الخلع^٢، ومنها جواز أخذ الأجرة على الصلاة، وهو قول ابن الماجشون، وابن عبد الحكم، ومنها جواز بيع كتب الفقه، وهو قول

^١ (وأما إن ... إلى الساقية) سقط ذلك من ت

^٢ (ومنها أخذ ... في الخلع) سقط ذلك من ت، خ، ١، ٢، س.

معلومة، يدخل معه عليه فيها، في شماع معلومة، يكون معه شريكا فيها بها، ثم ينظر لما يؤول إليه الأمر. قلت: قوله يكون معه شريكا، ثم ينظر لما يؤول إليه الأمر لم يكن الأمر بينهما في النهاية على حكم الشركة؛ لأنه لو عمل على حكم الشركة^١ لكان الاشتراك بينهما فيما وقد، وفيما بقي، وهما لم يقصدا لذلك، وما أفتى به العبدوسي هو أقرب إلى المعنى.

ومنها من دفع أجباح نحل بجزء مما يطلع منها، هل يجوز ذلك أم لا؟ قلت: أفتى فيها ابن لب بالمنع على أصل المذهب؛ لأنه عمل بإجارة مجهولة. قال: وكذلك المنع في الأفران، والأرحى. حكى هذا الأصل عن ابن يونس، وجماعة. قلت: ونزلت مسألة من هذا المعنى وهي رجل أعطى جنانه لمن يذكره بجزء من التين التي تصح، وثبت فيه، فحكمت بفسخ ذلك بينهما، وألزمت رب الجنان بأجرة العامل في عمله، وليس من باب المساقاة، ولا من باب القراض.

ومنها دعوى المعروف هل تجب فيها اليمين أم لا؟ قال ابن رشد: قد كان فيها بين شيوينا اختلاف؛ منهم من كان يذهب إلى أنها مسألة قولين، جملة من غير تفصيل، ومنهم من كان يقول: إنما المعنى في ذلك^٢ أن الشيء المدعى فيه؛ إن كان بيد المدعي، أو كان له به تشبث، وجب له اليمين على المدعى عليه، وإن لم يكن بيده، ولا كان له به تشبث لم تجب له في ذلك اليمين. قال: وهو تفصيل حسن، وأما دعوى الإقالة⁽³⁷⁾، فتجب فيها اليمين^٣.

ومنها خدمة سواقي الماء الطاهر المعدة للسقي؛ فقال ابن رشد فيها: يكون حفرها، وتنقيتها على ما ذهب إليه أصبغ على قدر الحقوق، لا على عدد الجماجم. قال وهو الأظهر مما قيل في ذلك، ثم قال: وأما إذا اختنقت الساقية بعد أن تجاوزت حظ أحدهم وهو الأعلى منهم فلا يلزم الأعلى أن يعمل مع الأسفل، إذ لا منفعة له في العمل، ولا ضرر عليه في تركه، لتأتي السقي له في الحاليتين جميعا⁽³⁸⁾. قلت: وكذلك إذا كان التخميل⁽³⁹⁾ فيها بعد أن جاوزت حظ الأعلى، الحكم فيها سوا.

^١ (لأنه ... الشركة) سقط ذلك من ت.

^٢ سقط من ت قوله (إنما المعنى في ذلك).

^٣ (قال وهو تفصيل ... فيها اليمين) سقط ذلك من خ ١.

وصاياهم، وردّها، ومثل ذلك في نوازل ابن سهل. قال أحمد: لأن ما بأيديهم للمظلومين إن علموا، أو للمسلمين إن جهلوا انتهى.

ومنها مسألة في رجل حبس مقطعا له، معدا لعمل الجيار(35) على مسجد عينه، وأشهد على حبسه، وحدده، ولم يقع حوز فيه حتى مات المحبس بقرب إشهاده في وقت لا يمكن فيه عمل في المقطع المذكور، فقام ناظر ذلك المسجد، واستظهر بعقد الحبس، فقال له ورثة المحبس المذكور، ذلك الحبس لم يحز، فلا يلزمنا، هل حجتهم عاملة بذلك أم لا؟ قلت: قال ابن رشد في رسم تأخير العشاء، من سماع ابن القاسم، من كتاب الهبات، فيمن تصدق بأرض في إبان الحرائة فحرثها أو أكرها المتصدق عليه، صحت الصدقة فيها؛ فإن لم يفعل بطلت الصدقة، وأما إن كانت الصدقة في غير إبان الحرائة، فالإشهاد على الصدقة، وقبول المتصدق عليه حيازة، إن مات المتصدق بها قبل أوان حيازتها. قال مطرف، وأصبخ، إن حددها الشهود، وأوقفهم عليها فذلك أقوى الحيازة، وإن حددها، ولم يقف عليها الشهود، فذلك أيضا حوز، وهو دون الأول، وإن لم يمت المتصدق حتى أتى أوان الحرائة، ولم يحزها بحرائة، ولا عمل، حتى مات المتصدق فقد بطلت الصدقة، ثم قال ابن رشد: وقد فرق ابن القاسم في الحيازة بين الدار الغائبة، والأرض التي لا يمكن حوزها، فقال في الأرض: إن مات المتصدق بها قبل إمكان حيازتها، اكتفي بالإشهاد فيها، ولم تبطل الصدقة فيها(36). فانظر هذا مع معنى كلام ابن رشد عليها. قلت فمسألة المقطع من هذا المعنى، فالحبس إذا فيها صحيح، نافذ، لما ذكر من عدم إمكان الحوز، لموت المحبس بقرب التحبیس، حيث لا يمكن عمل فيه، ولما اشترط الشامل من عمل من وهب له بالهبة. قال فيه: وصحت إذا مات واهبها قبل عملك، ولا يبطل ذلك الحبس إلا ببينة تشهد لورثة المحبس أنه تصرف في المقطع بعد إشهاده في الحبس.

ومنها ما يفعله الناس في أجرة الشماع للعمارية، كيف يفعل فيه؟ سئل عنها الفقيه العبدوسي فأجاب عنها بأن قال: لا نص عندي في المسألة، والظاهر أنه يجوز للمحتاج لذلك، أن يشتري من الشمعة شيئا جزافا، إلى حد معلوم، مثل شبر، أو شبرين، مثلا، وكان غيره يفتي بأن يشتري منه أرطالا

^١ سقط من ب، خ قوله (وأما إن كانت الصدقة).

فيه؟ قلت: قال ابن رشد: ينقض البيع فيما هو قائم بيد المبتاع، من وصي لا فيما باعه من ذلك، لغوته بالبيع؛ لأنه بيع جائز فيه غبن، على من يبيع عليه، يرد ما دام قائما على اختلاف فيه، قيل: للمبتاع أن يوفي تمام القيمة، ولا يرد البيع، وإن لم يفت، وقيل: يمضي له بقدر الثمن من قيمته يوم البيع، قلت: فهذه الأقوال الثلاثة كان الفقيه العبدوسي أفتى بالشركة منها لأهل مشتري الأراضى بالزيتون، وكان القاضي ابن علال يحكم بتمام القيمة^١، ولا يرد البيع، ولا الكراء، والمشهور منها الأول الذي هو الفسخ، ما دام المبيع قائما، لم يبع، والحكم بغيره إنما هو لمصالح وقتية.

ومنها مسألة التصيير⁽³²⁾، هل يفتقر للحيازة، أم لا؟ وعلى الحيازة هل بالمعاينة، أو يكفي فيها الاعتراف؟ قلت: أفتى فيها القاضي أبو سالم إبراهيم الزناسي أنه لا يفتقر إلى حيازة، وهو يبيع من البيوع، وأفتى الفقيه العبدوسي أنه يفتقر إلى الحيازة. قال المتيطي: وبافتقاره إلى الحيازة جرى العمل، وهو المشهور من المذهب، ويكتفى بإقرارهما بالحوز على المشهور من المذهب، وأفتى الوانغيلي⁽³³⁾ بمثل فتيا الزناسي، وذكر أن اعتماده في فتياه على ما ذهب إليه جماعة من شيوخ قرطبة، وهو الصواب عند ابن سهل، ثم قال: والصواب الذي لا ينبغي أن يعدل عنه أن التصيير في المعين لا يفتقر إلى حوز، ولا يدخله الدين بالدين، قلت: الذي أفتى به الزناسي هو الذي لمالك في آجال المدونة، والذي أفتى به العبدوسي هو الذي لمالك في بيوعها الفاسدة، هذا على حمل كلام مالك على الخلاف، وقيل مسألة البيوع الفاسدة تفسير لمسألة الآجال. فانظره. ومنها مسألة المستغرق الدمة⁽³⁴⁾ إذا حبس ملكا من أملاكه التي اكتسبها في أيام عمالته، هل يمضي ذلك، أم لا؟ قلت: أفتى فيها الفقيه ابن علال أن ما فعله من التحبيس من المال الذي جهلت أربابه، أو علمت، وجهل ما ينوب كل واحد منهم، غير سائغ، ولا نافذ؛ إذ هو في حكم المفلس، المضروب على يديه في المشهور من المذهب، نعم ينفذ من فعلهم ما تصرفوا فيه من صدقات للفقراء، والمساكين، أو وضعوا ذلك في وجه من وجوه الخير، فيما فيه مصلحة عامة للمسلمين، على القول أن مصرف ذلك مصرف الفيء، وقد نص أحمد الداودي على منع

^١ (منها لأهل ... بتمام القيمة) سقط ذلك من خ ١ .

يدخل بها ثلاثة أرباع الصداق، وربع الميراث، وبيان ذلك: أن التي لم يدخل بها لها نصف الصداق على كل حال، كانت هي المطلقة، أو لم تكن، والنصف الثاني يزول عنها مرة، ويثبت لها أخرى، فيكون لها نصفه، فذلك ثلاثة أرباع الصداق، وأما ربع الميراث فإن كانت هي المطلقة فلا شيء لها من الميراث، وإن كانت المطلقة المدخول بها، فلها نصف الميراث، فثبت لها نصف الميراث مرة، وزال عنها أخرى، فلها نصفه، وذلك ربع الميراث، وأما ما يجب للمدخول بها من الميراث، فإن لها نصف الميراث على كل حال، والنصف الثاني يزول عنها مرة، ويثبت لها أخرى، فلها نصفه، فذلك ثلاثة أرباع الميراث، قلت: ولا يقال هنا: لا ميراث لواحدة منهما لأجل الشك، لقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا ميراث بشك) (31) لأن الشك هنا في المانع، والشك في المانع لا أثر له.

ومنها جمع المطالب في التقييد، هل هو من حق الخصم فقط، أو هو من حقه، وحق القاضي؟ قال الفقيه العبدوسي: هو من حق الخصم، ولا مدخل فيه للقاضي، إلا أن يظهر للقاضي في ذلك لدد فيأمرهما بجمع المطالب.

ومنها مسألة القيام بالغبن، إذا باع أو أكرى وكيل، أو وصي على غيرهما، من محجور، أو غيره، أو ناظر في حبس، أو في وصية، أو ما في معنى ذلك، اختلف في حده، فقال ابن عرفة: المتعارف فيه أن الغبن يتقيد بدون ما زاد على الثلث، وقال أبو عمر: واتفق أهل العلم أن النائب عن غيره إذا باع، أو اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله، أنه مردود، وكان الأبهري، وأصحابه يذهبون إلى أن ما لا يتغابن الناس في مثله، هو الثلث فأكثر، وما كان دون ذلك لم يرد فيه البيع. قال ابن عرفة: ففي حده بالأكثر، أو بالثلث؛ ثالثها ما دونه، إن خرج عن المعتاد؛ لنقل ابن رشد عن بعض البغداديين مع أبي عمر عن الأبهري، وأصحابه، والباقي عن القاضي.

قلت: فهذه الأقوال الثلاثة أن الغبن يعتبر بالثلث فما فوق، أو بما لا يتغابن الناس في مثله، من ثلث، أو غيره. قال ابن عرفة: هو الصواب؛ لأنه مقتضى الروايات في المدونة، وغيرها، ولا يسمى غبنا حتى يزيد على الثلث، فإذا وجد باعتبار مراعاة كل قول منها، هل ينقض البيع لأجله؟ أو يلزم المشتري، أو المكثري بما وقع به الغبن؟ أو يكون المشتري، أو المكثري شريكا بالقدر الذي لا غبن

الحي منهما الميراث، فتثبت الزوجية بالسماع المستفيض (27)، فيحكم له بالميراث، فلو لم تكن المرأة في عصمة أحد بزوجية، فأثبت رجل أنها زوجته، تزوجها بسماع، لم يستوجب البناء عليها بذلك؛ لأن شهادة السماع إنما تنفع مع الحيازة للمرأة، وهذا لم يحزها إليه، إذ يحتمل أن يكون السماع من واحد، وقد فشا ذكره، وواحد لا يجوز به النكاح، قلت: فيظهر منه أن لا يبني عليها بشهادة السماع، مع أنه يرثها بها، إلا أن يكون سماعا منتشرا، مستفيضا، يقع به العلم، كما أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فلا يمكن أن يختلف في هذا أنه يبني بها بهذه الشهادة، لا سيما إذا طال الأمد، وماتت البيئات.

ومنها من استأجر أجيرا يخدم له في بستانه، وأعطاه فأسا يخدم بها، فخدم له إلى وقت خروج الخدام من خدمتهم، فقدم الخديم إلى رب البستان، وقال: أعطني أجرتي، وفأسك قد ضاع لي، هل يصدق في ضياعه أم لا؟ قلت: قال أبو الحسن اللخمي: قيل: يصدق، وقيل: لا يصدق، واختار القول بالتصديق، وعلمه بأن قال: ليست الإجارة كالرهن؛ لأن حق المرتهن في الرقاب، تباع له إن لد فيها المطلوب، وحق المستأجر في المنافع، والرقاب بيده أمانة، لا حق له فيها. ومنها من ادعى على رجل أنه أكرى له داره، أو حانوته، أو رحاه، أو حمامه، وأنكره ربها، ولم تقم بينة تشهد له بذلك، هل يجب للمدعي على ربها يمين أم لا؟ قلت: قال الرعي: لا يمين على رب هذه الأشياء، إلا أن يكون ربها أوقفها لذلك، أو يكون معروفا بالكراء لها، فيحلف، ويبرأ، فإن نكل حلف المدعي، ولزم الكراء، وإن نكل فسخ الأمر بينهما.

ومنها حائط بين دارين لكل دار فيه ركز (28)، وأحد الركزين أسفل من الآخر، فأراد صاحب الأسفل أن يرفعه موازيا لركز صاحبه، هل يمكن من ذلك أم لا؟ قلت: وقع لابن حارث في أصول الفتيا له أن لصاحب الأسفل ذلك، وإنما يمنع إذا أراد أن يرفع خشبه فوق خشب صاحبه (29)، وقال ابن الرامي غير هذا (30).

ومنها رجل له زوجتان، إحداهما دخل بها، والأخرى لم يدخل بها، فطلق واحدة منهما، ومات قبل انقضاء العدة، ولم تدر المطلقة منهما من هي، ولم يدفع لواحدة منهما صداقا، قال ابن حارث: للمدخل بها الصداق كاملا، من أجل الدخول بها، ولها ثلاثة أرباع الميراث، وللتي لم

عيسى لا شيء له، إلا أن يكون له عذر في ترك القيام، أو يكون للورثة سلطان يمتنعون به، أو نحو هذا⁽²³⁾، وقال الشيخ أبو الحسن الصغير في تقييده عند قوله: لو قال: علمت، ولم أجد ما أقوم به حتى وجدته الآن، هل يعذر بذلك أم لا؟ قال: انظر من اشترى حرة، ووطنها، وهي تعلم بحرية نفسها؛ فقال ابن القاسم لا حد عليها، وقال الأبهري عليها الحد، ثم قال: فانظر على قول ابن القاسم هل ينتفع بذلك من قال: إنما سكت لأنني لم أجد ما أتكلم به؛ لأنه يقول: خفت أن أرفع ذلك إلى الحاكم فيعجزني، أو الفرق بين المسألتين؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، وقال ابن أبي يحيى⁽²⁴⁾ في تقييده على المدونة في هذا الموضع انظر مسألة الزوجة تقسم التركة، وهي حاضرة ساكتة عن صداقها إن كانت خرجت مع الورثة، فالغالب أنها إنما رضيت ببقاء حقها في حظ كل واحد من الورثة، وإن فارقتهم فالغالب أن سكوتها مبطل، ثم قال انظر لو سكت رب الدين، فلما قسمت التركة قال: إنما سكت لغيبة الرسم عني، وخفت إن تكلمت عجزي السلطان، أو قال: لم يكن لي به علم، قال: هذا كله من الأعدار التي أشار إليها في رواية عيسى، ولو استحفظ لذلك عند بينة لكان أبي⁽²⁵⁾، قلت: وقد نقل ابن دبوس في هذه المسألة رواية عن أصبغ، قال فيها بعد أن ذكر الأعدار المذكورة: فإذا كان هذا، قبل قول صاحب الرسم.

قلت: وما جلبناه في المسألة من أوله إلى آخره لم يقع فيه تصريح أن القائم بالرسم يقبل قوله في ذلك مع يمينه، من غير استحفاظ لذلك، أو لا بد من استحفاظه عند بينة بذلك، ثم وقفت على المسألة بعينها عند أبي عبد الله القيرواني⁽²⁶⁾، في تأليفه الذي ألفه في الدعوى، والإنكار. قال فيه: إذا قام بالرسم بعد قسم التركة، وقال: إنما كان سكوتي لأجل غيبة الرسم عني^١، قال: يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما كان سكوتي إلا لأجل غيبة الرسم عني، ويستحق حقه، وإن قلبها حلف المطلوب، وبرئ.

ومنها من ادعى نكاح امرأة، وأنكرته، ولم يجد من يشهد له بذلك إلا بالسماع، هل شهادة السماع عاملة هنا أم لا؟ قلت: قال ابن الحاج: شهادة السماع جائزة في أشياء: منها، النكاح وصفة جوازها فيه أن تكون المرأة تحت حجاب الرجل، فيحتاج أن يثبتها ببينة، أو يموت أحدهما، فيطلب

^١ (قال فيه ... الرسم عني) سقط ذلك من خ ١ .

نقل عن اللخمي أنه إن لم يطل أخرج، وإن طال بقي. قال وفي النوادر عن مالك ينتفع مالك الأرض بظاهرها، ونقل عن ابن رشد أيضا أنه يقلع مطلقا، وإن لم يقلع أعطي مالك البقعة قيمتها. ومنها في غلة الأحباس، ووفر كرائها إذا اشترى به الناظر في الأحباس دارا، وأراد بعد ذلك بيعها هل له ذلك أم لا؟ قلت: قال البرزلي: قال ابن رشد: له أن يشتري، وليس له أن يبيع إلا بعد أن يرفع ذلك إلى الحاكم، ويثبت عنده وجه النظر في بيعه. قال البرزلي: وليس هذا من بيع الحبس؛ لأن الشراء إنما خرج على وجه الإجهاد بمال الحبس، ثم قال: ويجري على التجارة للوصي بمال اليتيم.

ومنها من تطوع بنفقة لشخص مدة معلومة، أو طول حياة المنفق عليه، فمات المتطوع، هل تسقط النفقة لموته، أو تؤخذ من تركته؟ قال ابن رشد: تسقط؛ لأنها هبة لم تقبض. قال: ولا خلاف في ذلك.

ومنها من طلق زوجته طلقة صادفت آخر الثلاث، وقال فيها: متى حلت حرمت، ثم تزوجت زوجها، ودخل بها، وطلقها، وأراد الأول ردها، هل له ذلك أم لا؟ قلت: قال ابن لب: ينظر للمطلق ما نيته؟ هل أراد حلية التزويج، أو المراجعة كما في قوله عز وجل: [فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره] (22)؛ أي لا يحل له تزويجها، ولا مراجعتها^١، فلا تحرم عليه مع هذا القصد مراجعتها بعد زوج؛ لأنه إنما حرم التزويج المستأنف، وهو لا يحرم بإجماع، فله أن يراجعها، ولا شيء عليه، وإن كان الرجل أراد بالحلية حلية الوطء بعد حصول العقد، فحينئذ يمنع من مراجعتها؛ لأنه علق التحريم على حصول المراجعة، فكأنه قال: إن راجعتك فأنت حرام، فإن هو عقد مراجعتها حرمت عليه ساعتئذ، قلت: ووقفت على مثل هذا للفقهاء العبدوسي، وزاد فيه بأن قال: يفرق في المطلق بين أن يكون عالما بالتعليق، أم لا، فإن كان عالما بالتعليق لزمه التعليق^٢، وإلا فلا.

ومنها من له دين على شخص برسم، ومات الغريم، وقسمت تركته على عين رب الدين، ولم يتكلم بدينه، ثم قام بعد ذلك يطالب برسمه دينه، وقال: إنما سكت لأن الرسم كان غائبا عني، وخفت إذا طلبت ديني عجزني السلطان، هل يمكن من ذلك أم لا؟ قلت: قال ابن رشد: في نوازل

^١ (أي لا يحل ... ولا مراجعتها) سقط ذلك من ب .

^٢ سقط من خ ١ قوله (لزمه التعليق) .

هل يجب عليه إعادة إثبات العدم، أو يكتفي بالأول، ومن ادعى الإكتساب فعليه الإثبات؟ قلت:
يلزم على قول اللخمي أن الإثبات على أرباب الديون، وقول البرزلي عن ابن الحاج أن إثبات
العدم على الغريم، ونقل قولاً آخر بالفرقة في الغرماء، بين أن يكونوا هم الذين أثبت لهم العدم،
أم لا، فإن كانوا هم لا يحتاج إلى إثبات، وإن لم يكونوا هم فعليه الإثبات.
ومنها الغريم يلتزم في عقد الدين^١ أن لا يدعي في الدين عجزاً، ولا عدماً، هل يلزمه ما التزم أم لا؟
قلت: نقل ابن الحاج عن أجوبة ابن رشد أنه لا يقبل منه إثبات العدم إلا بإثبات جائحة أصابته
بعد الإلتزام(21).

ومنها كلب لرجل تشبث بصبي فجرحه، وخرق عليه ثيابه، هل يضمن رب الكلب أم لا؟ قلت: نقل
ابن دبوس إذا علم ربه منه ذلك، وتقدم الكلام معه في ذلك عند السلطان، ضمن، وإن كان لم
يتقدم لذلك منه، ولم يشتهر ذلك عنه إلا مرة واحدة، فلا ضمان عليه، قلت: هذا إذا كان يتخذ
الكلب في موضع أذن له في اتخاذه فيه، وأما الموضع الذي لم يؤذن في اتخاذه فيه فيضمن
مطلقاً.

ومنها جنان محبس على المساكين، فرفع أمره إلى قاض، فجعل، وباعه، وفرق ثمنه على المساكين،
فرفع ذلك إلى غيره بعده، ففسخ من رفع إليه ذلك البيع، ورد الجنان إلى المساكين حسبما كان،
قال: ويرجع بالثمن في غلة الجنان، ولا شيء على القاضي^٢؛ لأن الخطأ في الأموال يعذر فيه من
اجتهد، قاله مطرف في الواضحة، زاد ابن العطار في وثائقه، والغلة في سالف المدة قبل فسخ البيع
للمشتري، إذا كان جاهلاً بالمحس، ويحلف أنه لا علم عنده به، قلت: الظاهر من هذه الرواية في
قوله: فجعل، وباع، أن القاضي يضمن الثمن؛ لأن التصرف في أموال الناس بجهل على وجه
العمد، لا يعذر به، ويغرم، ويرجع الجنان إلى المساكين، وتكون لهم الغلة من يوم الرجوع.

ومنها في الذي يدفن في أرض غيره، ثم يعلم صاحب الأرض بالدفن، هل ينبش أم لا؟ قلت: قال
البرزلي عن ابن رشد: لا يقلع إن طالت المدة، مثل الثلاثين يوماً؛ لأن حرمة ميتة كحرمة حيا، ثم

^١ (فإن كانوا هم ... في عقد الدين) سقط ذلك من خ ٢ .

^٢ (البيع ورد الجنان ... ولا شيء على القاضي) سقط ذلك من ت .

جائز؛ لأن أرض السلطان لا تنتزع ممن بنى فيها. قلت: انظر ما معنى هذا الكلام، كيف يصح مع جهل ما يلزم في كل سنة؟ إلا أن يقال: الباني لم يكن التزم للسلطان خراجاً، وبنى من غير التزام، فكان المشتري دخل على القيمة في البقعة؛ لأن شأن السلطان لا يزيل من يد من بنى، وإنما يلزمه قيمة العرصة، فإذا كان هذا فلا إشكال في كلام ابن المواز. فتدبره.

ومنها المسائل التي جمعت، فمنها بكر تزوجت، عقد عليها والدها بصدائق مسمى، فتوفيت الزوجة، وطلب والدها من الزوج إرثه من الصداق، فقال له الزوج: أبرز لابنتك شورة مثلها، التي عليها تزوجت بعرف أهل البلد، وعادتها في الشورة، فامتنع الوالد من ذلك، فهل يجب على الأب ذلك أم لا؟ قلت: وقع في الشامل وفي مختصر خليل (19) ما نصه، لو ماتت فطلبوه بما حل، فطلبهم بإبراز شورتها لم تلزمهم على المختار، قلت: وعلى غير المختار^٢ تلزمهم، ورأيت في تقييد الشيخ أبي الحسن الصغير أنها تلزمهم، ولم يحك غيره، وفي أجوبة ابن رشد إذا ماتت الزوجة، وطلب والدها الزوج بالصدائق، وطلبه الزوج بالشورة، قال: إن لم يبرز له شورة فلا يلزم الزوج من الصداق إلا صداق مثلها، على أن شورتها بصدائقها خاصة (20)، قلت: فتحصل في المسألة ثلاثة أقوال، وأظهرها ما في الأجوبة.

ومنها مسألة من ادعى أن عليه الغبن في بيعه، قال ابن لب: يكلف البائع البينة أنه ممن يجهل مثل هذا، ويخضع فيه، فإن أثبتته عمل له به، قال: وبه كان العمل عند القرطبيين، قلت: فتوى ابن لب على رواية البغداديين.

ومنها من ادعى العدم، وأكذبه خصمه، هل يحمل على العدم، أو على الملاء؟ قال البرزلي: اختلف العلماء، هل الناس محمولون على العدم، أو على الملاء، والآخر هو الصحيح من قول مالك، ثم قال: واعرف أن اللخمي حكى قولاً آخر، إن الدين إذا لم يكن له عوض حمل على العدم، ويحلف، وإن كان له عوض^٣ حمل على الملاء، ونحوه في الطرر، فإذا أثبت العدم حيث يجب عليه إثباته، ومضت عليه ستة أشهر على ما هو عليه العمل، فقام أصحاب الحقوق بحقوقهم،

^١ سقط من ب، ت، خ ١ قوله (خراجاً)

^٢ سقط من خ ٢ قوله (وعلى غير المختار)

^٣ (حمل على ... له عوض) سقط ذلك من ب.

هذا بعينه ذكره ابن رشد عن أصبغ. قال: جعله ككنكاح تفويض على قول من جعل فيه مهر المثل بالموت، وليس معروفا في مذهبنا، قلت: والمعروف من المذهب ما وقع به الحكم في النازلة.

ومنها رجل وجد جريحا صبيحة يوم السبت الثالث والعشرون من شهر ذي القعدة من عام سبعة وثمانين وثمانمائة بعوضة، بباب الجيسة، فبعث من وراء عدول من السماط، وأشهدهم أنه أبرأ أهل تلك العرصة، من تلك الجراح، فقال له الشهود: ومن فعل ذلك بك؟ فقال لم أحمل أحدا على عنتي، أنا لا أعرف من فعل بي هذا، ثم إنه بعد أن حمله أبوه إلى داره، قدم لشاهدين غير الأولين، وحملهما إلى داره، فأشدهما الجريح المذكور بأن الذي فعل به هذه الجراح هما فلان وفلان، فشهدا عليه بذلك، ثم مات فرفع والد الميت رسم التدمية إلينا، ثم رفع أهل المدمي عليهم رسم إشهد الميت أنه لا علم عنده بمن فعل به ذلك، فقلت لوالد الميت: إشهد ولدك يوم صبيحته جريحا لا أعرف من فعل بي ذلك^١، هو مبطل لتدميته؛ إلا أن يكون له عذر، فقال لي: سبب إشهاده بذلك كان تقية، وخوفا من أن يجهزوا عليه؛ لأنه كان حينئذ في موضعهم، فقلت له: هل سمع ذلك من ولدك أحد قبل أن يرى^٢ أم لا؟ فقال لي: سمع ذلك منه، فقلت له: تقيم بينة بذلك، فذهب لإقامتها، قلت: اعتمادنا في قولنا لوالد الميت إشهد ولدك، لا أعرف من فعل بي ذلك، على ما وقع لابن رشد في رسم أول عبد، من سماع يحيى، من قوله: لا أدري من بي؛ لأنني كنت سكرانا، ثم دمي على رجل، فقال: لا تلزم^٣ القسامة، وتبطل، وقاله أصبغ(16).

ومنها رجل اشترى من آخر دارا على قاعة للمخزن(17) بثمن مسمى، ولم يعين له كم يلزمها في كل سنة، فسأل المشتري صاحب الجزاء عما يلزمها في كل عام، فقال له: نصف أوقية، فقال المشتري: ظننت أن الذي يلزم مثل هذه ربع أوقية، فحكم بينهما بفسخ البيع؛ لأن جزاء السلطان هو على التبقية(18)، والمشتري دخل على شيء مجهول يعطيه في كل سنة، وهو لا يدري كم مقداره، ووقع في أحكام ابن سهل عن ابن المواز ما ظاهره غير هذا، وهو من ابتنى في أرض سلطان، ثم باع نقضه، ولم يشترط كراء مسمى، ولا قال: أنزل اسمك مكان اسمي. قال محمد:

^١ (فقلت لوالد ... بي ذلك) سقط ذلك من ت .

^٢ سقط من خ ١ قوله (أن يرى) .

^٣ في ب (تلزم) بإسقاط (لا) .

الأخرى، لما ثبت من أمن الدار المنقل إليها، ولما أقرت ربة المقياس بحوس الدار المنقل إليها، واعتمادنا في الحكم بذلك على ما عند أبي الحسن اللخمي في قوم خرج عليهم اللصوص، فدفع أحدهم لواحد منهم صرة، فخاف المودع إليه الصرة، فطرحها في الأرض رجاء أن لا يجدها بيده اللصوص، فلما ذهب اللصوص عنهم رجع إلى الموضع الذي طرحها فيه، فلم يجدها، وما وقع في أجوبة الشيخ الزرويلي فيمن خاف على ماله، فدفعه لامرأة من جيرانه، وفر، فجاء الدين طلبوه، وقالوا كل من وجد عنده شيء من مال هذا الفار يعاقب عقوبة شديدة، فسمعت المرأة ذلك فخافت، وأخذت ما أعطهاها الفار، وجعلته في جلابة، وجعلتها في كنيف، فلما ذهب الطالبون للفار، طلبت ذلك فلم تجده، قال: فلا ضمان عليها.

ومنها امرأة توفي زوجها، وتركه ورثة، ومن جملتهم بنت من المرأة المذكورة، فتزوجت البنت، ثم توفيت عن أمها المذكورة، وزوجها، وأولادها من الزوج المذكور، وترك الزوج لم تقسم فوقعت مفاصلة بين المرأة زوجة الهالك الأول، وبين زوج البنت، وهو نائب عن نفسه وعن أولادها منه، وخرج كل واحد منهما بما خرج من الثياب، والأثاث، وتقاراً على الشركة في الأصول، وتبارءاً من جميع المطالب كلها، مبارأة آتية على كل دعوى، ثم بعد مدة قامت المرأة المذكورة، وطلبت من زوج ابنتها ما يجب عليه في صداقها قبل زوجها المتوفى، فقال لها زوج ابنتها: هو داخل في المبارأة الواقعة بيننا، وأنكرته، وقالت: لم يدخل^١ في المبارأة المذكورة، فحكم بينهما بأن يحلف زوج الإبنة على دخول الصداق في الإبراء المذكور، وبرأ منه، واعتمادنا في الحكم بذلك على ما لابن القاسم في رسم الرطب باليابس، من سماعه في كتاب التفليس، وقول القاضي هنالك: هذا مما لا خلاف فيه (15).

ومنها رجلان من البادية تداعيا في صداق فاسد مختلف فيه، بعد موت الزوج، وقبل البناء بالزوجة، فحكم بينهما بسقوط الصداق، وثبوت الميراث، قال ابن عرفة ناقلاً عن محمد، عن أشهب: من مات قبل البناء في فاسد لمهره لزمه كل المهر، ولو طلق قبل البناء فلا شيء لها، قاله ابن عرفة،

^١ (في المبارأة ... لم يدخل) سقط ذلك من ب ، ت ، خ ، ١ ، خ ٢ .

يصدق فيه إن كان بمعنى الشهادة، مثل قول أحد المتخاصمين عند قاض، حكم لي قاضي بلد كذا بكذا، فيسأله البينة على ذلك، فيأتيه من عند القاضي الذي ذكر بكتاب فيه؛ إني حكمت لفلان على فلان بكذا، أو ثبت عندي له عليه كذا، فهذا لا يجوز؛ لأنه على هذا الوجه شاهد، ولو أتى الرجل ابتداء للقاضي وقال له خاطب لي قاضي بلدة كذا بما ثبت لي عندك على فلان، أو بما حكمت لي به عليه، فخاطبه بذلك لجاز؛ لأنه مخبر لا شاهد(11).

ومنها في المسائل التي نزلت بعد وضع ما تقدم؛ فمنها رجل اكترى حانوتا بسوق القشاشين من ناظر الأحباس لسنة، بكذا وكذا في كل شهر، فسكن المكتري بعض المدة، وتعدى عليه الوالي في باقي المدة، وأخرجه منها، فحين تمت المدة طلب قابض الأحباس من المكتري كراء السنة التي اكترى إليها، قلت: يقال للمكتري تعدي الوالي عليك في إخراجك من الحانوت، هل هو لقصد الإضرار بك، أو لقصد ذات الحانوت؟ فإن قال لقصد ذات الحانوت، فيقال له أثبت ذلك، فإن أثبتته ببينة لا عذر فيها للناظر سقط الكراء عنه، وإلا لزمه الكراء، واعتمادنا على الحكم بذلك ما نقله ابن أبي زمنين في المقرب عن مالك.

ومنها السفه إذا وجب له حق على ورثة رجل، فقال الورثة يحلف لنا يمين القضاء، هل تجب عليه يمين أم لا؟ قلت: وقع الحكم فيها بأن لا يمين على المحجور؛ إعمالا على ما في الأول من ابن سهل أنه قال فيها عن سائر فقهاء الأندلس أن لا يمين على المحجور¹، قال: ولم يقل فيها باليمين إلا الأصيلي(12)، ولم يوافق ابن سهل عليها، ولم يختار الحكم بها، قال ابن رشد: وما قاله ابن سهل هو الحق. قلت: وبه أفتى الزرويلي.

ومنها امرأة أودعت عند أخرى فرد مقياس(13)، فسمعت المودع عندها المقياس أن السلطان أمر بحوس دارها(14)، فأودعت حوائجها في دار امرأة أخرى، وأودعت المقياس المودع المذكور، فكان من قضاء الله أن حوست الدار المودع فيها الحوائج، والمقياس المذكور، فقامت ربة المقياس على المرأة التي أودعت عندها المقياس المذكور، وقالت لها من أمرك أن تودعه في تلك الدار؟ قلت: فحكم فيها بأن لا ضمان على المرأة المنقلة للمقياس من دارها إلى الدار

¹ (إعمالا على ... على المحجور) سقط ذلك من ت.

قلت : وهذا الذي اصطالحوا عليه لا أصل له؛ إن كان على ما سلك الزرويلى فلا فرق عنده في ذلك بين الشاهدين، وبين الشاهد الواحد في الجواز، وإن كان على المعلوم، المعروف، فلا فرق في المنع في الشاهدين، أو الشاهد الواحد. فانظره.

ومنها ما جرت المسامحة فيه عند الشهود في رسم إثبات الأصول، إذا ثبت الرسم عند القاضي، ووقع عليه اكتفى، فيحاز عليهم، فيكتب الشاهد: الحمد لله، حضر عن إذن قاضي الجماعة بمدينة كذا، وهو فلان بن فلان الفلاني شاهدا، الموقعان أسماءهما عقب تاريخه، حيازة شهود رسم الاسترعاء أعلاه، وقالوا لهما عند حيازتهما لذلك، وتعيينهم إياه: هذا الشيء الذي حزنناه لكما، وعيناه بمحضركما، هو الذي شهدنا فيه عند من ذكر، وأدينا بذلك شهادتنا عنده، حيازة تامة على واجبها، فمن حضر الحيازة المذكورة، ووعاها، وعلم الإذن بها ممن ذكر، وسمع مقال الحائزين، المذكورين، إلى آخره فخرج من هذا أن شهود الحيازة هما شهداء على القاضي بأنه قدمهما للحيازة، فكيف تصح شهادتهما لأنفسهما؟ فبحثت على ذلك مع من أدركت من شيوخ السماط، فلم أجد من حرر لي فيها جوابا، غير أن شاهدا واحدا ذكر لي أن عاداتهم كانت في القديم من أن الشهادة في الحيازة تكون بأربعة من الشهود؛ اثنان منهم يشهدان على القاضي بصحة الرسم. وبتوجيه الآخرين للحيازة، واثنان يشهدان على الحائزين بالحيازة، فقلت له إذا كان هذا هكذا فلا إشكال فيه.

ومنها شهادة الشهود على تسجيل القاضي إذا وضع القاضي خطه، يكتب الشاهد: شهد على إ شاهد من ذكر بما فيه عنه، فهذه شهادة على الخط، وكيف تصح الشهادة على الخط مع أن بين موضع جلوس القاضي، وموضع جلوس الشهود ما غايته أن يكون أربعين خلفه، وهذا مما لا يقوله أحد في الشهادة على الخط في هذا المقدار، فتكلمت على ذلك مع بعض نبهائهم، فقال لي: هذه عادة جرت، ولا أدري ما وجه هذه العادة.

ومنها القاضي يشهد على قضاؤه، معزولا، أو غير معزول، أو يرفع إلى إمام غيره شهادته. قال أصبغ عن ابن القاسم: لا يقبل، ولا يجوز ذلك القضاء، إلا بشهادة عدلين عليه، وقاله أصبغ(10). قال ابن رشد: في هذه المسألة معنى خفي، هو أن قول القاضي، وهو على قضاؤه: حكمت لفلان بكذا، لا

الرسم هو نسخة من رسم آخر، وإن كانوا غيباً، أو أمواتاً، وأردت نسخه رفع على شهادتهم عند القاضي عدلان، ويكتب القاضي بخطه شهد على خطهم لموتهم أو مغيبهم العدلان؛ فلان، وفلان، فاستقل، فإن أردت نسخه بعد الرفع استفتحت النسخة؛ بأن تقول هذه نسخة رسم واحد، نصه بعد سطر افتتاحه؛ إن كان استفتاحه بالبسملة، أو بعد الحمد لله من أوله إلى آخره، إن كان استفتاحه بالحمد لله، ثم تنص الرسم حرفاً حرفاً، من غير زيادة، ولا نقصان، حتى تصل إلى أسماء الشهود، فتنتقل أسماءهم، وما وقع القاضي عليهم من قوله: شهد على خطهم لموتهم، أو لمغيبهم، ثم تقول: وتقيد عقبه بخط من يجب استقل، ولا يصح أن يرفع على خطهم في موتهم، أو مغيبهم، إلا بين يدي القاضي، ولا يصح أحيائهم من غير رفع إلى القاضي، ولم أر من نص على ذلك، إلا الفقيه الحافظ، شيخ الشيوخ، أبو الحسن على الزرولبي، المدعو بالصغير، فإنه نص على ذلك^١ في أجوبته، وانتصر له، ووجهه بوجوه يطول ذكرها، فخلاصة ذلك أنه إن وقف عدلان على رسم بشهادة عدلين، معروفين عند من وقف عليه، ورفعا شهادتهما بالوقوف على الرسم إلى القاضي، فإن صاحب الرسم تنفعه شهادتهما بذلك عند الزرولبي، ولا تنفعه عند غيره.

قلت: فإن كان شاهداً الرسم أحدهما حي، والآخر ميت، فالاحتياط فيه أن يؤدي الحي منهما شهادته عند القاضي، ويرفع على الميت، أو الغائب منهما عدلان، كما تقدم في الرفع، وينسخ بعد ذلك على ما مضى في كيفية النسخ، والذي جرى عليه العمل عند شهود سباط العدل بقاس^(٩) في هذا، أن الحي ينقل شهادته في النسخة، ويضع بعدها، "ونقل"، ويكتب ناسخ الرسم بعد "ونقل" ممن قابله بأصله، فمائله، ووقف في الأصل المذكور على شهادة من أدركته الوفاة، أو الغيبة، من شهيديه، وهو فلان بن فلان الفلاني، وهو موقع شهادته أولاً، أو ثانياً، على مضمّن الرسم المنصوص، وأمعن النظر فيها، فتحقق أنها شهادته المعهودة عنه، والمتكرر بها كتبه أيام حياته، إن كان ميتاً، أو أيام حضوره، إن كان غائباً، من غير شك لحقه في ذلك، ولا ريب، وهو موسوم بالعدالة، وقبول الشهادة إلى أن مات، أو إلى أن غاب، وقيد به شهادته في كذا.

^١ (إلا الفقيه ... نص على ذلك) سقط ذلك من ٢.

قلت: انظر هذا مع ما كان جرى عليه اصطلاح من أدركناه من القضاة، يعلمون على خطوط كل من يعرفون خطه من القضاة ومن لم يعرفوا خطه يكتفون في ذلك بالشاهد الواحد، وهذا مما لم يساعده نص، ولا تخريج على ما قدمناه عن ابن المناصف، وغاية ما وقع لسحنون أنه كان يكتفي بكتب أمثاله من أعراض البلد، فإن كان أعمال من أدركناه على ذلك فلا جامع بين البابين؛ لأن أمثاله كان له النظر في توليتهم، وعزلهم، وفي أجوبة الشيخ أبي الحسن الصغير لا يحكم القاضي برسم تخاطب بخطاب قاض حتى يشهد على خطاب ذلك القاضي شاهدان أن هذا خطه، ولم يذكر في ذلك خلافاً.

قلت: قال ابن عرفة: قال ابن المناصف: وإذا ثبت خط القاضي ببينة عادلة عارفة بالخطوط، وجب العمل به، وإن لم تقم ببينة بذلك، والقاضي المكتوب إليه يعرف خط القاضي الكاتب إليه فجائز عندي قبوله بمعرفة خطه، وقبول سحنون كتاب أمثاله بلا بينة يدل على ذلك، وليس ذلك من باب قضاء القاضي بعلمه الذي لا يجوز له القضاء به (8)، ثم قال: ويحتمل أن يقال لا بد من الشهادة عنده على خطه. انظر هذا مع نقله المتقدم الذي قال فيه: لا أعلم خلافاً في مذهب مالك أن كتاب القاضي لا يجوز بمجرد معرفة خطه، قلت: الحمد لله على عمل متأخري قضاة بلدنا بموافقة عالم من علماء المسلمين الذي هو ابن المناصف، واستدلالة على صحة ذلك بقول سحنون.

قلت: وهذا الذي قاله ابن المناصف فيه نظر؛ لأنه يلزم عليه أن القاضي إذا تحاكم عنده شخصان برسم شهادة عدلين؛ ميتين، أو غائبين، ولم يوجد من يرفع على خطهما، والقاضي يعرف خطهما^١، أن يحكم بذلك الرسم، وهذا ما لا يقوله أحد. فانظروا.

قلت: ومنها إذا نسخ شاهد رسم ابتياع أو غيره من الرسوم فلا يخلو حال شهوده؛ إما أن يكونوا أحياء، أو أمواتاً، فإن كانوا أحياء إما أن يكونوا حضورياً، أو غياباً، فإن كانوا أحياء حضورياً قبلوا ذلك الأصل بالنسخة حرفاً حرفاً، ونقلوا شهادتهم من الأصل إلى النسخة حرفاً حرفاً، ويكتب الشاهد الأول بعد وضع شهادته، ونقل، ويعطف عليه الثاني، وفائدة كتب، ونقل، لكي يعلم أن هذا

^١ سقط من ت قوله (والقاضي يعرف خطهما) .

يختلف فيها، والذي لابن رشد في رسم جاع، قال: وأما قوله في الرواية أن المقضي له لا يحلف مع الشاهد على أمر القاضي، وقضائه، فهو خلاف أصله في المدونة؛ لأنه قال في أقضيته، وأتى بما تقدم لنا عنها، ثم قال: فإن كان يستحق ذلك باليمين مع النكول^١، فأحرى أن يستحقه باليمين مع الشاهد، ثم قال رحمه الله: فالظاهر من مذهبه في المدونة أن حكم الحاكم يستحق باليمين مع الشاهد، بخلاف الشهادة على الشهادة، وهو مذهب مطرف، وأصبغ(2).

قلت: فقول القاضي ظاهر المدونة في الشاهد واليمين، وأما اليمين مع النكول فهو نصها كما قدمناه، والذي في نكاح المدونة الثاني هو في الزوجين إذا اختلفا في فريضة القاضي(3)، قالوا فإن كانت المرأة تستحق القضاء باليمين مع النكول، وجب أن تستحقه مع الشاهد. ومنها إذا ثبت رسم الاسترعاء عند القاضي، ولم يشهد على تسجيله، وإنما وضع بخطه، اكتفى، وأعلم باكتفائه فلان بن فلان الغلاني، فإذا وصل إلى غيره فإنه يعمل به على ما جرى عليه العمل، وسواء عين في الإعلام المكتوب إليه، أو البلد التي كتب إليها، أو لم يعين ذلك، وسواء مات المكتوب إليه، أو عزل قبل أن يصل إليه هذا أو بقي حيا، قلت: قال ابن رشد في سماع عيسى: اتفاقا، قال ابن المناصف(4): ما لم يحجر عليه الإمام في ذلك حين ولده(5). قلت: وبم يثبت خط القاضي الكاتب عند من وصل إليه؟ قال ابن رشد في أقضية البيان: يثبت ذلك عنده بشهادة شاهدين أنه خطه، قاله ابن القاسم، وابن الماجشون، وقال أشهب: لا تجوز شهادتهما أنه خطه، وكتابه، حتى يشهدا أنه قد أشهدهما عليه(6).

قلت: ونقل ابن عرفة عن ابن المناصف أنه قال: اتفق أهل عصرنا في البلاد التي ينتهي إليها أمرنا على قبول كتب القضاة في الأحكام، والحقوق بمجرد الشهادة على خط القاضي، دون إشهاده على ذلك، مع أنني لا أعلم خلافا في مذهب مالك أن كتاب القاضي لا يجوز بمجرد معرفة خطه، وظاهر نقل بعض الشيوخ أن شهادة الشاهدين على خط القاضي جائزة، وإن كان ذلك في زني، وقد قال سحنون في كتاب ابنه: وأنا أرى أن لا يثبت ذلك إلا بأربعة. فتأمل(7).

^١ في ت (مع الشاهد) .

نوع آخر

جعلته جامعا لمسائل من كل باب من الأبواب

فمنها مسائل: من الذي يحتاج إليه القاضي في مجلسه، ومنها ما نزل بعد الفراغ من تأليفنا هذا، ومنها مسائل غريبة.

فأما ما يحتاج إليه القاضي في مجلسه، فمنها ما يشهد به على الغائب، لا بد للقاضي أن يعين في الحكم عليه الشهود الذين حكم عليه بهم؛ لكي يخبره بهم إذا قدم، لعله يكون عنده فيهم حجة؛ من تجريح، أو عداوة، أو غير ذلك.

ومنها إذا وجد في ديوان القاضي بعد موته، أو عزله، أنه حكم على فلان بكذا، ولم تقم بينة على القاضي بالحكم في تلك القضية. قال مالك في أقضية المدونة: للطالب أن يحلف المطلوب أن هذه الشهادة التي في ديوان القاضي ما شهد بها علي أحد، فإن نكل حلف الطالب، وثبتت الشهادة (1)، قلت: وقد نزلت هذه المسألة بين شخصين ادعى أحدهما على الآخر بدعوى؛ فقال المدعى عليه: قد كنت ادعيت علي بها في حياة القاضي فلان الميت، وحكم فيها برفع نزاعك، وطلبك عني فأنكر ذلك المدعي، فوقع الحكم فيها بوجوب اليمين على المدعي، أن القاضي الميت لم يكن حكم فيها، ونازع بعض الناس في ذلك، واحتج بما وقع لابن الحاجب من قوله: وأما الشهادة بالقضاء بمال، فالمشهور أن لا يمضي، فاحتججت عليه بمسألة المدونة المتقدمة

الذكر، وبما اعترض به شراح ابن الحاجب على ابن الحاجب، وبما وقع لابن رشد في رسم جاع، من سماع عيسى، من كتاب الشهادات، وبما في نكاح المدونة الثاني، وبغير ذلك، فالذي اعترض على ابن الحاجب هو ابن عبد السلام بأن قال: هذا الكلام فيه نظر، والذي حكاه الباجي، وغيره أن القولين في قبول كتاب القاضي بشاهد، ويمين، لأنه حق ليس بمال، ولا يؤول إلى مال، وقال ابن رشد في رسم جاع، من سماع عيسى: لا يثبت كتاب القاضي^١ بالشاهد، واليمين اتفاقا، وأما دعوى أحد الخصمين على الآخر أن القاضي حكم عليه بمال، فدعوى بمال حقيقة، لا ينبغي أن

^١ (بشاهد ويمين ... كتاب القاضي) سقط ذلك من ٢ .

قلت: ونقل البرزلي عن ابن عرفة أنه سئل عن عرب نزلوا بتونس يريدون الدخول إليها، لفساد كرومها على عادتهم الفاسدة، فأجاب بأن ندب الناس لقتالهم، وذكر لهم من قول مالك، وما ذكر في قتال المحاربين، المخالفين^١ على أهل الإسلام من الفضل، وأراد أن يستعين بمشيخة الوقت، فلم يساعدوه؛ محتجين بأن الناس ليس لهم بمدافعهم طاقة. فقال لهم رحمه الله: لو كانوا كلهم على قلب واحد لغلبوا، لكن ضعف الإيمان حمل الناس على العجز عن قتالهم؛ إذ لا يقاتلهم إلا الدين، وأهله، وهم قد قتلوا في هذا الزمان.

^١ سقط من ت ، خ ١ قوله (المخالفين) .

فصل: في ذكر الجراحات: ففي المنقلة على أهل الورق مائة واثنان وستون أوقية، وفي

الموضحة التي توضح العظم، ولا تكون إلا في الرأس، أربع وخمسون أوقية، وفي المنقلة مثل

ذلك (11)، قال أبو محمد: وليس فيما دون الموضحة إلا الاجتهاد.

قلت: فإن دمى شخص على آخر، ثم أبرأه، ثم دمى على آخر، هل يقتل الأول، أو الثاني، أو لا

يقتل واحد منهما؟ قلت: قال ابن عبد الرفيح: قال ابن القاسم، وأشهب، وأصبغ: لا يقبل قوله في

واحد منهما.

تنبيه: فلو قال: فلان ضربني، ليس بي غيره، فلا سبيل له إلى غيره، وإن لم يقل ذلك، فالأول،

والآخر سواء، يقسم الأولياء على أحدهما، ويقتل، ويجلد الآخر مائة، ويحبس عاما. قاله أصبغ.

فإن قال المدمي: فلان سقاني خمرا، وإن مت فمته أموت، فمات هل يقتل المدمي عليه أم لا؟

قلت: قال ابن عبد الرفيح: يقسمون معه، ويقتل المدمي عليه، وقال ابن لبابة، وغيره من

المتأخرين: لا قسامة إلا في الضرب المشهود عليه، والأمر البين من الضرب، أو الجراح.

فإن دمى شخص على آخر، وقال: فلان ضربني، ولم يقل عمدا، ولا خطأ، هل يقسم الولاة مع ذلك

أم لا؟

قلت: قال ابن عبد الرفيح: ينظر إلى الولاة، فما أقسموا عليه من عمد، أو خطأ استحقوه، وحكم

لهم به، ثم قال: وقيل غير هذا.

تنبيه: فإن قال المدمي: فلان ضربني عمدا، وقال الولاة: خطأ، فقد أبطلوا حقهم، قاله أشهب.

فصل: فإن قذف رجل جماعة فحد لأحدهم، فذلك الحد لكل قذف تقدم؛ قاموا يطالبونه

بذلك، أم لم يقوموا.

فصل: في جهاد المحاربين هل يجوز أم لا؟ قلت: قال في المدونة: جهاد المحاربين جهاد (12)،

قال ابن شعبان: جهاد المحاربين أفضل من جهاد الكفار. قال ابن رشد في رسم يدير ماله من

نوازل أصبغ: جهاد المحاربين عند مالك، وأصحابه جهاد. قال أشهب عنه: هو أفضل الجهاد،

وأعظمه أجرا، وقال مالك في أعراب قطعوا الطريق: جهادهم أحب إلي من جهاد الروم (13).

وأما إذا وجب القتل بشهادة على القتل، أو بالقسامة، فلا يقتل من وجب عليه القتل، حتى يثبت أولياء المقتول موت المقتول، وعدة ورثته، فإذا ثبت الموت، وعدة الورثة، وأعذر للقاتل في الذي وجب به القتل، ولم يكن عنده في ذلك مدفع، أسلم الإمام القاتل للأولياء؛ إما أن يقتلوه، أو يعفون عنه، فإن قتلوه قتلوه بالذي قتل هو به وليهم المقتول، وإن عفوا عنه ضرب مائة، وسجن عاما قاله ابن القاسم في سماع عيسى (10)، ونقل ابن عرفة عن الباجي ناقلا عن أشهب التخيير في تقديم السجن على الضرب، أو الضرب عليه، ونقله عن أشهب بعض شراح الدميائية، من غير تخيير، قلت: وبه وقع الحكم من القاضي المقري في عام خمسة وخمسين وسبعمئة.

وأما إن كان العفو على الدية، فالدية على أصحاب الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق إثني عشر ألف درهم، قلت: فالإبل لا كلام في بيانها، والألف دينار هي من دنانير السنة التي في كل دينار منها أربعة وعشرون قيراطا، في كل قيراط ثلاث حبوب، من حبوب الشعير، ففيها من دنانير المائة التاسعة على ما حققه أشياخنا المحققون واختبرناه بأنفسنا ثمانمائة دينار، وثلاثة وخمسون دينارا، وسبع الدينار، والإثنا عشر ألف درهم فيها من الأواقي ألف أوقية، وثمانون أوقية.

قلت: وديات النساء الحرائر على النصف من ديات الرجال، وفي ذهاب السمع الدية كاملة، وفي ذهابه من أذن واحدة نصف الدية، وفي ذهاب الشم الدية، وفي اللسان الدية، وفي البصر الدية، وفي العين الواحدة نصف الدية^١، وفي اليدين الدية، وفي اليد الواحدة نصفها، وفي قطع الذكر الدية^٢، وفي قطع الذكر والأنثيين بضربة واحدة ديتان، وفي كل زوج من الأسنان الدية، وفي عين الأعور الدية، وفي الشفتين الدية، وفي الرجلين الدية، وفي إحداهما نصفها، وفي قطع أصابع اليدين الدية، وكذلك في أصابع الرجلين.

وإن وجب القتل على رجل في نفس قتلها فرضي أولياء المقتول بالدية، وأبى القاتل من ذلك؛ فقال ابن القاسم: له ذلك، وقال أشهب: يجبر القاتل عليها.

^١ (وفي ذهاب الشم ... نصف الدية) سقط ذلك من ت .
^٢ سقط من ب ، ت ، خ ٢ ، س قوله (وفي قطع الذكر الدية) .

ويقول في تدميته(3): فلان قتلني عمدا، أو فلان ضربني عمدا، أو خطأ، وكانت حالته مرضية، ويكون مأمونا، فيقتل به من غير خلاف.

قلت: قال ابن سهل في ديات المختلطة: تلحق التدمية أروع الناس. قال عيسى: يدمي بالضرب كله، أو بالطمه إن مات، قال تعالى: [فَوَكَزَهُ مُوسَى فَقَضَى عَلَيْهِ] (4)؛ كان الضرب ظاهرا به، أم لا، وتحمل من ذلك ما تحمل، وقال أصبغ: من قال سقاني فلان سما، ومنه أموت، فمات، أقسم على قوله، ووجب القود، وفي آخر سماع عيسى لا قسامة في مثل هذا، إلا في الضرب المشهود عليه، أو آثار الضرب(5)، ومسألة اللوثي في التدمية البيضاء مشهورة(6)، وكان يقول بها ثم رجع عنها، وقال ابن عبد البر في الكافي: ويكون ذلك بشاهد واحد، عدل. وقال ابن هشام: وقد قيل: إن ذلك لا يثبت إلا بشاهدين عدلين، وأما الشاهد العدل فلا توجب شهادته القسامة، إلا إذا شهد أن فلانا ضرب فلانا حتى قتله عمدا، أو ضربه خطأ، فمات من ضربه، ثم قال: لم يختلف قول مالك فيمن ثبت قوله بشاهدي عدل: إن فلانا قتلني عمدا، ثم مات، أن قوله ذلك يوجب القسامة لأولياء الدم، وإنما اختلف قوله إذا قال: فلان قتلني خطأ، فمرة قال بالقسامة، ومرة قال بعدمها، وأن ذلك لا يكون لوثا(7). قال: والأول تحصيل مذهبه، فهذا هو الشيء الأول من الشئيين، والثاني أن يأتي أولياء الميت إذا ادعوا على أحد قتل وليهم بلوث من بينة، على رواية القتل، أو الضرب، واللوث الشاهد الواحد، العدل، والجماعة التي ليست بقاطعة(8)، ونقل ابن سهل عن أشهب، وابن نافع عن مالك أن اللوث الشاهد، العدل، وغير العدل، واللقيف، ونقل ابن حبيب عن مطرف عن مالك أن اللوث^١ اللطخ البين، مثل اللقيف من السودان، والنساء، والصبيان، يحضرون ذلك، وقال ربيعة المرأة الواحدة لوث، يقسم الورثة مع شهادتها، وقاله يحيى ابن سعيد(9)، وقالوا: وكذلك كل ما شهد فيه النساء، أو العبيد، أو الصبيان، أو اليهود، أو النصارى، أو المجوس، من قتل فجأة، أو ضرب، أو جراح، ولا يحضره غيرهم، فإن شهادتهم في مثل هذا لطخ، ولوث، تجب به القسامة، وقال ابن حارث: رأيت لسحنون إنما يقسم مع الشاهد إذا رأى جسد المقتول ميتا.

^١ (الشاهد الواحد ... أن اللوث) سقط ذلك من خ ١.

نوع آخر في أحكام الدماء والحدود

قلت: أحكام الدماء: القصاص في العمد، والدية في الخطأ، والقسامة، والكفارة، والضرب، والسجن، وأحكام الحدود: القتل في الحراية، والقطع في السرقة، والحد في الزنا، والحد في الخمر، والحد في القذف، وقتل من خرج عن الإمام، وقتل المرتد، وقتل الزنديق، وقتل تارك الصلاة، وقتل الساحر.

قلت: فالقتل لا يكون إلا ببيئة عادلة على معاينة القتل، أو على اعتراف القاتل بالقتل، أو بالقسامة إذا وجبت.

قلت: قال ابن هشام: وصفة قتل العمد كل ما عمد إليه الإنسان يريد به نفس صاحبه؛ من حديد، أو حجر، أو غير ذلك مما يقصد به إلى القتل، ولو لطمه، أو لكزة، إذا كان ذلك على وجه النائرة، والعداوة.

قلت: وقال ابن رشد رحمه الله في رسم مرضى وله أم ولد من سماع ابن القاسم من كتاب المحاريب: أن القتل على أربعة أوجه: خطأ، وعمد، وشبه عمد، وغيلة، فالخطأ فيه الدية على العاقلة، والعمد فيه القصاص للأولياء، إلا أن يعفوا على الدية، أو بغير دية، وهو أن يقتل قاصدا القتل على وجه النائرة، والعداوة، وشبه العمد قيل: فيه الدية، ولا قصاص فيه، وقيل: فيه القصاص، وهو أن يعمد للضرب، فيقتل به غير قاصد للقتل، والقولان لمالك، والمشهور عنه أن فيه القصاص، وقتل الغيلة هو أن يقتل الرجل الرجل على ماله، فهذا يجب عليه القتل حدا من حدود الله عز وجل، ولا عفو فيه للأولياء، قياسا على المحارب في قول الله عز وجل: [إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ... الآية] (1).

وأما القسامة فلا يقتل بها أكثر من واحد بعد أن يحلف أولياء المقتول خمسين يمينا، قياما عند المنبر. قال ابن القاسم: ويحلفون على البت، وتجب بشيئين: الأول منهما أنها تجب بشهادة عدلين على قول المقتول: إن فلانا قتلني عمدا، أو خطأ، بشرط أن يكون المدمي (2) حرا، بالغا، مسلما،

فإن استعار رجل من آخر دابة ليركبها إلى مدينة من المدن، فركبها إلى بلد غيرها، فعطبت الدابة في أثناء الطريق، هل يضمن المستعير أم لا؟

قلت: قال سحنون في سماعه عن علي ابن زياد عن مالك: إن البلدة التي عطبت الدابة في طريقها، إن كان طريقها مثل طريق البلد الذي أعارها إليه في السهولة، والصعوبة، لا ضمان عليه، قال ابن رشد: ولا بن القاسم في المبسوط أنه ضامن إن ركبها إلى غير البلد الذي استعارها إليه (13).

فإن ادعى المستعير رد العارية إلى ربها، هل يقبل قوله في ذلك أم لا؟ قلت: نقل ابن عرفة عن ابن حبيب عن مطرف أن المستعير لا يقبل قوله في الرد إن كانت مما يغاب عليها (14) إلا ببينة، ولو أخذها بغير بينة، وكذا ما لا يغاب عليه إن أخذه ببينة^١، وإن أخذه دونها صدق مع يمينه^٢، إن ادعى أنه ردها هو، أو وكيله، وقال أصبغ: إلا في دعوى ردها مع رسوله، لا يصدق، ولو أخذها بغير بينة، قال ابن حبيب: وبقول مطرف أقول.

^١ (ولو أخذها ... إن أخذه ببينة) سقط ذلك من خ ١ .

^٢ سقط من ت قوله (مع يمينه) .

وأما العارية(8)، فقال ابن عبد البر في الكافي: العارية أمانة غير مضمونة؛ في الحيوان كله من الدواب، والرقيق، وكذلك الدور، وكل شيء ظاهر، لا يغاب عليه، لا ضمان فيه، إلا إذا كان تعد، أو تضييع، وأما الحلبي، والثياب، والسلاح، والمتاع كله الذي يخفى هلاكه، فإنه لا يقبل قول المستعير فيما يدعي هلاكه، وهو له ضامن إلا أن تقوم بينة على هلاكه، من غير تضييع، ولا تفريط، ولا تعد، وكذلك الدنانير، والدراهم، والفلوس، والطعام، إلا أنه هنا ترد ملكية الشيء^١(9).

فإن استعار شخص من شخص فأسا، فأتى بها مكسورة، وزعم أنها كسرت في الوجه الذي استعيرت له، هل يضمنها أم لا؟

قلت: حصل ابن رشد في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب العارية أربعة أقوال: أحدها لابن وهب، وابن القاسم أنه لا يصدق، إلا أن يأتي ببينة، والثاني أنه يصدق إذا أتى بما يشبه، وهو قول عيسى، ومطرف، وأصبغ، والثالث قوله في المدونة في السيف أنه لا يصدق، إلا أن يأتي ببينة أنه كان معه في اللقاء، والرابع أنه لا يصدق^٢ إلا أن تقوم له بينة أنه ضرب به ضربا يجوز له، وهو قول سحنون، قال ابن رشد: والرابع أبعد الأقاويل، وأولها بالصواب قول عيسى(10).

فإن أعار شخص آخر ثوبا فلبسه المعار، فمر شخص بجانب اللابس بزيت، فانهرق الزيت على الثوب، فأفسده، هل يضمن اللابس ما نقصه أم لا؟

قلت: قال يحيى عن ابن القاسم: اللابس المستعير ضامن: كان الثوب رفيعا، أو وضعيا، إلا أنه إن كان الفساد يسيرا أصلحه، وإن كان كثيرا غرم قيمة الثوب، وحبس الثوب(11). قال ابن رشد في رسم باع غلاما: يتحصل في ذلك ثلاثة أقوال: الأول منها أن صاحب الثوب مخير، إن شاء أخذ ثوبه، وما نقصه، وإن شاء أخذ قيمته يوم التعدي عليه، الثاني أن خياره إنما هو بين أخذ ثوبه، ولا شيء له غيره، أو يأخذ قيمته يوم التعدي عليه^٣، الثالث الذي كان مالك يقول به أنه يغرم ما نقصه، ولا يفرق بين قليل من كثير، ثم قال: ولا خلاف في الفساد اليسير أنه ليس عليه فيه إلا ما نقصه خاصة(12).

^١ عبارة الكافي (إلا أنه هنا يرد مثل ملكية الشيء أو وزنه في عينه وصفته) انظر الكافي ٢ ص ٨٠٨ .

^٢ (أنه كان معه ... لا يصدق) سقط ذلك من ت .

^٣ (الثاني أن خياره ... التعدي عليه) سقط ذلك من ب .

قلت: قال اللخمي: محملها في العين^١ أنه تسلفها، وكذلك المكيل، والموزون بالبادية، إلا من علم أن من شأنه لا يستلف، وفي العروض على التسلف، إلا من علم منه قلة الأمانة^٢، وكذلك المكيل، والموزون بالحاضرة، والمخازن بالمكيل، والموزون، تودع بالحاضرة، الشأن عدم الافتيات عليها، وشأن أهل البادية إسراع أيديهم إليها، قال ابن عرفة: وإذا تعلقت بالذمة ضرب بها مع الغرماء(5)، وقال بعض أهل العلم لا يضرب بها؛ لأن الضمان بغلبة الظن دون قطع، وقال ابن الحاجب: متى مات، ولم يوص بها، ولم توجد ضمين. قال مالك ما لم تتقدم كعشر سنين.

فإن أودع رجل آخر دراهم، فجعلها في جيبه، فضاعت، هل يضمنها أم لا؟

قلت: نقل ابن عرفة عن الزاهي الضمان، وقيل: لا ضمان عليه، والأول أحوط، وفي نوازل ابن الحاجب أفتى ابن رشد بالضمان، وقال ابن عيشون(6): لا ضمان عليه، ويحلف، ولا شيء عليه. فإن أودع رجل آخر مالا، فاتجر به المودع، وربح فيه ربحا، ثم رده إلى موضعه، وادعى ضياعه، هل يقبل قوله أم لا؟ وهل الربح له، أو لرب المال؟

قلت: قال ابن هشام: الربح له، والقول قوله في الرد مع يمينه؛ لأنه لو قال: لم آخذ منه شيئا، أو قد تلف بسرقة، أو غيرها، لكان القول قوله.

فإن أودع رجل آخر وديعة، فعدى عاد على المودع، فأغرمه على الوديعة غرامة، هل يلزم ذلك رب المتاع أم لا؟

قلت: قال عيسى عن ابن القاسم: لا شيء على صاحب المتاع. قال ابن رشد: وقد قيل: إن له أن يرجع على صاحب الوديعة بما غرم، وقد قال سحنون في الرفاق في أرض المغرب يعرض لهم اللصوص، فيريدون أكلهم، فيقوم بعض أهل الرفقة، فيصالح اللصوص على مال عليهم، وعلى من غاب من أصحاب الأمتعة، قال: إن كان ذلك مما قد عرف من سنة تلك البلاد أن إعطاء المال يخلصهم، وينجيهم؛ فإن ذلك يلزمهم؛ حاضريهم وغائبهم ممن له أمتعة في تلك الرفقة، وإن كان الأمر بخلاف ذلك لم يلزمهم ذلك(7).

^١ سقط من ب قوله (في العين) .

^٢ (وكذلك المكيل ... قلة الأمانة) سقط ذلك من ب .

نوع آخر في الوديعة والعارية

أما الوديعة فلا ضمان على من قبضها، إلا أن يفرض، أو يتعدى، قال ابن عبد البر في الكافي: إن ادعى ردها إلى ربها صدق مع يمينه، إلا أن يقبضها بينة، فلا يصدق إلا ببينة^(١)، قلت: قال بعض الشيوخ: إن كان الإشهاد على وجه التوثقة من ربها، وأما إن كان أشهد بذلك المودع وحده تحفظاً للموت، فالقول قوله، وإن ادعى تلفها صدق على كل حال؛ قبضها بينة، أو بغير بينة، إلا أن يكون متهما فيحلف^(٢).

فإن أودع رجل وديعة عند آخر، فأراد من هي بيده أن يسافر، فأودعها المودع غيره، فضاعت بيد المودع الآخر، هل يضمن المودع الأول أم لا؟

قلت: لا ضمان عليه. قال ابن هشام: وإن لم يودعها عند أحد، وسافر بها فضاعت، فهو لها ضامن، وإن كان الإيداع في السفر، فأودعها المودع غيره، وضاعت، ضمنها المودع الأول، قلت: قال ابن عرفة: قال عياض: خرّج بعض الشيوخ في هذا الأصل من مسائل وقعت في الواضحة لأصبغ في توجيه القاضي مال الأيتام، والمبضع معه^(٣) تحدث له إقامة جواز السفر بالمال، وتوجيهه لأربابه رفع الضمان في ذلك.

فإن أودع المودع الوديعة عند زوجه، أو خادمه، فضاعت هل يضمن أم لا؟ قلت: قال في المدونة: لا ضمان عليه^(٤)، ونقل ابن عرفة عن أشهب أنه يضمن، فقال ابن عرفة: قيل إن قول أشهب^١ هو وفاق لقول ابن القاسم، إن كان العرف عدم وضع ماله عند أهله، فكل تكلم على مقتضى عرفه، فعلى هذا لا اختلاف بينهم، إن عرف عُرف البلد، ويختلف إن جهل، فأشهب يضمنه حتى تقوم البينة أن الناس يأتمنون أهلهم، وابن القاسم لا يضمنه حتى يثبت أن الناس لا يأتمنون أهلهم.

فإن أودع رجل عند آخر دراهم، ثم مات المودع، ولم توجد تلك الدراهم في تركته، ولم يوص بها، فهل تلزم ذمته أم لا؟

^١ في خ ١ (الإقامة في جواز) .
^٢ (أنه يضمن ... قول أشهب) سقط ذلك من خ ١ .

المدعي، والصلح على الإقرار به أنه يرجع في عين شبيهه إن وجدته قائما، وإن فات يرجع بقيمته، أو مثله إن كان له مثل، كالبيع، وإن استحق ما بيد المدعى عليه رجع بما دفع، وقيل: لا يرجع بشيء، وإن كان الصلح على الإنكار فاستحق ما أخذه المدعي رجع بمثل ما قبض، أو قيمته، وقيل: يرجعان إلى الخصومة، وإن استحق ما بيد المدعى عليه رجع بما دفع، وقيل: لا يرجع بشيء، وقيل: إن استحق بحضرة الصلح رجع، وإن كان بعد طول كثير لم يرجع بشيء. قال الجزيري: وضابط هذا الباب أن ما أدى إلى التفاضل بين الذهبين، أو الفضة، أو إلى بيع ذهب بذهب وعروض، فذلك لا يجوز، وفي الدراهم كذلك، أو إلى بيع الطعام قبل قبضه، أو إلى الجهل، والغرر، أو إلى الصرف المستأخر، أو إلى دين بدين، أو إلى سلف بمنفعة، فإن ذلك لا يجوز أيضا.

قلت: والمراعى في الصلح على مذهب مالك دعوى المدعي، وإنكار المنكر، وظاهر الصلح فيما اصطلاحا عليه، فإن صحت المعاوضة على هذه الوجوه الثلاثة صح الصلح، وإلا فسد، والمراعى فيه على مذهب ابن القاسم يعتبر الصلح في حق كل واحد من المصطلحين، فإن صح الصلح على ذلك، ولم يكن فيه فساد، مضى الصلح، ولم يعتبر ما يوجب الإقرار، أو السكوت.

المذكور بكذا وكذا دينارا، وقبضتها منهم، وأبرأتهم من الكالى، ومن ميراثها من الزوج المذكور، وقدر مقبوضها هو قدر موروثة من العين المتروكة، وأنها طاعت بإسقاط كالتها، وموروثة من سائر التركة المتقدم ذكرها، بعد معرفتها بذلك، فحضرت الزوجة، أو وكيلها، وأنكرت ذلك إنكارا كليا، حكمها أن يكلف الورثة إثبات الذي ادعوه، فإن أثبتوه أعذر فيه للزوجة، فإن سلمت فيه، أو ادعت مدفعا، وعجزت بعد الأجل، لزمها الصلح المذكور، وإن دفعت في البينة، واسقطتها، وجبت عليها اليمين على نفي دعوى الورثة الصلح، فإن حلفتها وجب لها كالؤها وموروثة من جميع الباقي من التركة، فإن نكلت عنها، أو قلبتها على الورثة حلفوها على صحة دعواهم، ولزمها الصلح المذكور، فإن نكلوا عنها بعد القلب، فلا شيء لهم، ولزمهم كالتها وموروثة من الباقي من جميع التركة.

تنبيهه: فإن كان الذي ادعوه عليها أنها أخذته في صلحها أقل من موروثة من الناض، أو أخذت في صلحها عرضا، جاز الصلح إذا أقرت به، فيجوز صلحها على الكالى، والميراث، وإن كان الذي أخذته في صلحها أكثر من موروثة، فلا يجوز الصلح، إلا إذا أفردت الصلح في الميراث وحده، وأفردت الصلح في الكالى وحده، ولا يجوز جمعهما في صلح واحد، قاله البرزلي في أجوبته، قلت: وعلة المنع الجهل بالتركة؛ لأن الموروث من التركة لا يعلم إلا بعد أداء الصداق، وأجازه الجزيري في الميراث، والصداق في عقد واحد. فانظره فيه.

قلت: فإن كانت المسألة بحالها من دنانير، وعرض، وصالحها الورثة بدنانير قدر موروثة من العين، فإن كانت الدنانير من التركة جاز ذلك، وإن كانت من غير التركة لم يجز، قاله ابن القاسم في المدونة (8)، وأجازه أشهب فيها، والأول أرجح. واستحسن اللخمي قول أشهب، وضعفه بعض القرويين.

فإن كان وقع صلح بين شريكين بدنانير من جميع ما بينهما، وهو دنانير، ودراهم، وفلوس، وعروض، هل يجوز ذلك أم لا؟

قلت: قال ابن القاسم في المدونة: لا يجوز ذلك (9)، وضبط ذلك المقري في كلياته بأن قال: كل صلح على عوض هو كالبيع، وقال ابن عبد الرفيح: ضابطه في الاستحقاق، إذا استحق ما بيد

أصبح، ولم يتنازلوا لما نبه عليه ابن رشد. انظر المقدمات، وأما الصلح بالمكروه، فقليل إنه يمضي إذا وقع، وقال ابن الماجشون: يفسخ إذا عثر عليه بحدثانه ما لم يطل، وهو أن يقع بين المتصالحين على وجه ظاهره الفساد، ولا يتحقق في جهة واحد منهما، مثل أن يدعي كل واحد منهما على صاحبه دنانير، أو دراهم، فينكره فيها، ولا يقر له بشيء منها، فيصطلحان على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه بما يدعيه قبله (7).

فإن ادعى رجل على رجل^١ مالا من وديعة، أو غيرها، وأنكر ذلك المدعى عليه، ولم تقم للمدعي بينة على دعواه، فصالحه المدعى عليه على شيء أخذه منه المدعي؛ فإن أقر المطلوب بعد الصلح بما ادعاه الطالب هل يرجع عليه بما بقي له مما أقر به أم لا؟ قلت: قال فضل: للمصالح أن يرجع^٢ ببقية حقه. قال: وهو الذي أعرف لأصحابنا. فإن ادعى رجل على آخر حصة في دار، ولا يعلم المدعي قدرها، وأتى بينة شهدت له بذلك، هل يقضى له شيء أم لا؟

قلت: المشهور من المذهب أن الشهادة بالمجهول ساقطة، ويحلف المطلوب، ويبرأ، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم. وقيل: يخرج الملك من يد من هو بيده، حتى يقر بشيء، ويحلف عليه، وقيل: يقال للمطلوب كم هو؟ فإن قال: كذا وكذا حلف عليه، وإن جحد، وقال: لا شيء له، قيل للطالب: احلف، وخذ، فإن قال: لا أعرفه لضياح محاسبتي، فليسجن المطلوب حتى يقر. وقيل: يحلف الطالب ويأخذ إذا أتى بما يشبه، قاله ابن العطار، وأحمد بن عبد الملك.

فإن ادعت امرأة على ورثة زوجها المتوفى كالي صداقها، وميراثها من زوجها، وأنه ترك كذا وكذا، وهي مشتملة على رقيق، وحيوان، وعروض، وطعام، وحلي، هل يلزم الورثة أن يجيبوها على ذلك بموافقة، أو مخالفة، قبل إثبات موت زوجها، وعدة ورثته أم لا؟

قلت: لا يجب عليهم أن يجيبوها على قولها إلا بعد إثبات الموت، وعدة الورثة، فإذا أثبتتهما حينئذ يلزمهم الجواب على قولها، فلما أثبتت ذلك، ولزمهم الجواب على قولها أجابوها بالموافقة، على قدر كالتها، وعلى المتروك المذكور، وادعوا عليها بأنها صالحتهم عن كالتها، وميراثها من زوجها

^١ سقط من خ ٢ قوله (على رجل).

^٢ سقط من ب قوله (أن يرجع).

نوع آخر في الصلح

الأصل فيه من القرآن قوله تعالى [لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس] (1)، ومن السنة ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه ذهب إلى بني عمرو ابن عوف يصلح بينهم (2)، وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في الحسن بن علي (3) (إن ابني هذا سيد، ولعل الله يصلح به بين فئتين عظيمتين من المسلمين) (4)، فكان كما قال صلى الله عليه وسلم.

قال ابن رشد: ينبغي للإمام أن يندب المتخاصمين إلى الصلح ما لم يتبين له أن الحق لأحدهما، ولا يجوز الصلح بالحرام، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا أحل حراما، أو حرم حلالا) (5)، واختلف إذا وقع، ونزل؛ فقليل إنه يفسخ، ويرد، ولا يمضي، وهو قول جمهور أهل العلم، وذهب أصبغ إلى أنه يجوز في وجه الحكم، ولا يحل له فيما بينه وبين الله عز وجل أن يأخذ إلا ما يجوز في التبائع، ثم قال: والصلح إنما هو قبض شيء عن عوض، فهو يشبه المبايعة، ويجري مجراها في أكثر الوجوه، فلا ينبغي أن يمضي فيه الحرام، كما لا ينبغي في البيوع.

قال ابن رشد: ولا اختلاف أن الصلح إذا انعقد بين المتصالحين على حرام لا يحل لواحد منهما، إنه يفسخ، مثل أن يدعي رجل على رجل أن له عليه عشرة دنانير، فيقر له منها بخمسة، وينكر الخمسة، فيصلحه عن جميع دعواه بدراهم إلى أجل، وما أشبه ذلك، وإنما يختلف إذا انعقد الصلح على حرام في حق أحدهما دون صاحبه، مثل أن يدعي عليه عشرة دنانير فينكره، فيصلحه عنها بدراهم إلى أجل؛ لأن المدعي لا يحل له أن يأخذ في عشرة دنانير له دراهم إلى أجل، والمدعى عليه جائز له أن يصلحه عن يمينه الواجبة عليه بدعواه، على دراهم، فهذا أمضاه أصبغ، ولم يفسخه، والمشهور أنه يفسخ (6).

قلت: انظر تفصيل ابن رشد رحمه الله في قول أصبغ، وبين الخلاف في أي صورة هو، ولم يتنازل غيره لذلك. انظر ابن سهل، والجزيري، وأحكام ابن حبيب، وغيرهم، فإنهم أطلقوا في قول

تفليسه، وذكر عن أصبغ قولاً ثالثاً أن قضاءه ماض، وإن تشاوروا في تفليسه ما لم يفلسوه، واختار الأول (16).

فإن أقر الرجل لزوجته في صحته بحق لها عليه ولم يؤده لها، ثم فلس بعد إقراره بسنتين، أو ثلاث سنين، هل تحاص مع الغرماء أم لا؟

قلت: قال ابن رشد عن ابن القاسم في رسم باع شاة من سماع عيسى: لها أن تحاص الغرماء إذا ثبت الإقرار ببينة، ثم قال ابن رشد: ويأتي على قول ابن كنانة، والمخزومي، وابن حازم، ومحمد بن مسلمة أن ذلك لا يكون لها إلا في حياته، ولا يكون لها بعد وفاته (17).

قلت: قال ابن رشد: يخير رب الدار في أن يحاصص مع أرباب الديون بكراء باقي المدة، أو يفسخ الكراء، قال ابن رشد: وهذا مما لا أعلم فيه نص خلاف (12)، قلت: وأما صاحب الأرض هل يُبدأ بكرائه من ثمن الزرع المحترث بالأرض، كما يُبدأ بالمستأجر على المساقاة من ثمن غلة الحائط، وكما يُبدأ الحمال، أو لا يُبدأ، قلت: حصل ابن رشد في رب الأرض إذا فلس المكتري ثلاثة أقوال: الأول لابن القاسم، وابن الماجشون، وأصبح أن صاحب الأرض أحق في الموت، والفلس، والثاني للمغيرة أنه أسوة الغرماء فيها، والثالث لابن القاسم أيضاً أنه أحق في الفلس، دون الموت، قال ابن رشد: وقول المغيرة أقيس، ولا فرق عنده بين رب الأرض^١ والمساقى (13).

قلت: فإذا قلنا بالحصاص، وأن صاحب الدار لم يرض بفسخ الكراء، وطراً له في الحصاص كراء^٢، هل يقبضه رب الدار أو يبقى موقوفاً إذا تم شهر أخذ بحسابه؟ قال ابن رشد: الثاني هو القياس على مذهب أشهب، وأما على مذهب ابن القاسم فالقياس أن لا يحاصص مع الغرماء بباقي المدة، وإنما يأخذ داره، ولا يسلمها، ولا يحاصص بقيمة كرائها (14).

قلت: فإن ادعى الغريم العدم، وادعى أن رب المال يعلم^٣ بذلك، هل يجب على رب المال يمين أم لا؟

قلت: الذي اختاره الشيوخ أن لا يمين، وحكى مثله البرزلي عن ابن عرفة، يحكيه عن بعض قضاة تونس ممن لقيه. قال: وبه العمل؛ لأنه يؤدي إلى تعمية حق الطالب لقدمه على اليمين (15)، ونقل البرزلي عن ابن شعبان أن الطالب يحلف، فإن نكل عن اليمين لم يسجن^٤ له الغريم، ويحلف الغريم ما له مال ظاهر، ولا باطن في علمه، وبه كان يقول ابن الفخار.

فإن قضى الغريم بعض غرمائه، وهو قد أحاط الدين بماله، ثم فلس بعد ذلك، فأراد الذي لم يقبض أن يرد الذي قبض ما قبضه، هل له ذلك أم لا؟

قلت: قال ابن رشد في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الحبس: قال ابن القاسم: إن كان ذلك بعد أن تشاوروا في تفليسه رد القابض ما قبض، وذكر قولاً ثانياً أنه يرد وإن لم يتشاوروا في

^١ في ب، خ (رب الدار).
^٢ سقط من خ قوله (وطراً له في الحصاص كراء).
^٣ في س (لم يعلم).
^٤ في ت (سجن) بإسقاط (لم).

قلت : وعلى ماذا يحمل الإنسان عند ادعائه العدم، أعلى الملاء، أم على العدم؟
قلت: قال ابن رشد: الغريم محمول على الملاء حتى يثبت العدم إن كان أخذ في أكثره عوضاً،
وإن كان لم يأخذ له عوضاً، فالمعلوم من أحوال الناس التكسب^١، وطلب المال، هذا قول أبي
إسحاق، وغيره، ويدخل عندي في هذا الأخير اختلاف بالمعنى(7)، وقال بعض الشيوخ: إن
الخلافاً في المسألة موجود على ظاهر قول مالك في المبسوط أنه محمول على العدم؛ لأنه قال
لا يسجن إلا التاجر المليء، وقال التونسي: إنه يحمل على الملاء وإن كان الدين على غير عوض،
قلت: وبمثل التفصيل الأول أفتى البرزلي، ونسبه للحمي، وهذا إذا كان الدين من غير عوض.
فانظروا .

فإن أحاط الدين بمال إنسان فلا يجوز له هبة، ولا صدقة، ولا عتق، ولا إقرار بدين لمن يتهم
عليه(8)، ويجوز بيعه، وابتاعه ما لم يحجر عليه، وكذلك له أن ينفق على زوجته، وعلى كل من
تلزمه نفقته، وله أن يتزوج من المال الذي بيده ما لم يضرب على يديه، ويحجر عليه(9)، وقال ابن
رشد في كتاب التفليس من المقدمات: وله أن يفعل ما جرت العادة بفعله؛ لأن إتلاف المال في
الذي جرت به العادة جائز، ثم قال: ولا يجوز فيما لم تجر العادة بفعله، ثم قال: واختلف قول
مالك في قضائه بعض الغرماء دون بعض، ورهنه، فقال مرة ذلك جائز، وقال مرة لا يجوز، وقد قيل:
يجوز قضاؤه، ولا يجوز رهنه، وهذا ممن لا يتهم عليه(10)، ثم قال ابن رشد رحمه الله: وحد
التفليس الذي يمنع قبول إقراره، هو أن يقوم عليه غرماؤه فيسجنوه، أو يقوموا عليه، فيستتر عنهم،
فلا يجدوه. قال محمد: ويحولوا بينه وبين التصرف في ماله، وقد قال مالك: إن إقرار المفلس يجوز
لمن تعلم مداينته، وخلطته، مع يمينه(11).

فإن اكترى شخص من آخر داراً بثمن معلوم في كل شهر على أن يدفع واجب الشهر عند تمامه^٢،
فسكن المكتري نصف السنة، ثم فلس وقام عليه أرباب الديون، وقام من جملتهم رب الدار، ومن
جملتهم كراء أرض، وطلع منها زرع كيف الحكم فيها وفي حصصها؟

^١ في س (التكشف) .

^٢ سقط من ب قوله (عند تمامه) .

أعطى حميلاً غارماً(1)، ثم قال: فإن أثبت العدم، وسأل الطالب أن يعذر إليه في الشهود الذين شهدوا بالعدم، فإن قدر على حميل بوجهه فيحضره أعطاه، وإلا يسجن، فإن عجز عن المدفع في البينة أحلف له يميناً، يقول فيها: بالله الذي لا إله إلا هو ما له مال ظاهر، ولا باطن، ولئن وجدت ما لا لأؤدينه حقه(2).

قلت: انظر ظاهر كلام ابن رشد أن القاضي يحلفه وإن لم يطلب ذلك رب الدين، وعند ابن العطار أن الحاكم لا يحلفه إلا إذا طلب ذلك رب الحق، قلت: ولا يبعد أن يكون ابن رشد وابن العطار اختلفا في ذلك، واختلافهما فيه مبني على أصل مختلف فيه، وهو يمين الاستظهار(3) هل يوجبها الحكم وإن لم تطلب لأنها من تمام الحكم أم لا؟

قلت: وأما إن طلب الغريم التأخير فيما حل عليه، فلا يترك إلا بحميل بالمال، قاله سحنون، قلت: إلا أن يتركه رب الدين من غير حميل، فإن عجز عن الحميل سجن. قلت: فإن ادعى رب المال أن الغريم صاحب مال محضر، وأن طلبه التأخير إنما هو لدد، وإضرار برب المال، هل يقبل قول رب المال في ذلك أم لا؟ قلت: فإن علم أنه من أهل المحضر، وحقق رب المال الدعوى فإن اليمين تجب على الغريم، وله قلبها، فإن حلف رب المال جبر الغريم على الأداء، وإن لم يحقق عليه الدعوى جرى على الاختلاف في لحوق يمين التهمة. قلت: قال ابن رشد عن أبي عمر الإشبيلي: إن اليمين هنا ضعيفة(4).

قلت: فإن سأل الطالب أن يفتش على الغريم داره عند ادعائه العدم، وقال إنه قد غيب ماله فيها، هل يمكن من ذلك أم لا؟ قلت: قال ابن رشد في المقدمات: إن بعض المتأخرين^٢ كانوا يختلفون في ذلك، حكى ابن سهل عن بعض أهل الفتيا بطليطلة أنهم كانوا يأمرؤن بتفتيش مسكن المطلوب عند ادعائه العدم؛ فإن ألقي فيه متاع للرجل بيع عليه، وأنصف الطالب منه، وأنكر ذلك على أكثرهم، فاستصروا فيه ولم يرجعوا عنه، ثم قال: وأعلمت ابن العطار بفعل أهل طليطلة فقال لي: ما يبعد، ولم ينكره، ثم قال: وأنا أراه حسناً فيمن ظاهره اللدد، والمطل، واستسهل الكذب(5). قلت: قال بعض الشيوخ: وتفتيش الشكارة مثله(6).

^١ سقط من ت قوله (صاحب مال) .

^٢ سقط من ب قوله (إن بعض المتأخرين) .

نوع آخر في المديان والتفليس

قلت: قال ابن رشد: الغريم محمول على الملاء حتى يتبين عدمه؛ كان أخذ في الدين الذي يطلب به عوضاً، أو لم يأخذ فيه عوضاً^١؛ لأنه إن كان أخذ له عوضاً فهو مال قد جعل إليه، فلا تقبل منه دعوى العدم حتى يثبتته، وإن كان لم يأخذ له عوضاً فالمعلوم من أحوال الناس التكسب، ثم قال: ويدخل عندي في هذا الوجه الأخير الاختلاف بالمعنى من مسألة الذي يغيب عن المرأة، ثم تطلبه بالنفقة، ثم قال: وحبس المديان على ثلاثة أوجه: أحدها حبس تلوم، واختبار فيمن جهل حاله، والثاني حبس من ألدّ، واتهم بأنه خبأ مالا، أو غيبه، والثالث حبس من أخذ أموال الناس، وادعى العدم، فتبين كذبه، إذا لم يعلم له سبب إذهاب أموال الناس، فأما حبس مجهول الحال فبقدر ما يستبرأ أمره، وذلك يختلف باختلاف الدين، فالذي رواه ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه يحبس في اليسير قدر نصف الشهر، وفي الكثير أربعة أشهر، وفي المتوسط شهرين، وأما حبس من ألد فإنه يحبس حتى يؤدي أموال الناس، أو يثبت عدمه، فيحلف، ويسرح، وأما حبس من أخذ أموال الناس، فإنه يحبس أبداً حتى يؤدي أموال الناس، أو يموت في السجن، وروي عن سحنون أنه يضرب بالدرة المرة بعد المرة، وليس هذا بخلاف لمذهب مالك رحمه الله، ثم قال: فإن سأل المحبوس للتلوم، والاختبار أن يعطى حميلاً، قال في المدونة يؤخذ عليه حميل، ولم يبين هل بالمال، أو بالوجه.

قال أبو إسحاق: حميل بالوجه دون المال في مذهب ابن القاسم، إلى المدة التي يجب حبسه إليها؛ فإن حضره عندها برئ من الضمان، وحبس^٢ إن تبين أن له مال يؤدي منه، قلت: فإن تبين أن له مال، وادعى أن ماله هو أصول، يكلف إثبات ذلك؛ فإن أثبتته أجل في بيعها الشهر والشهرين، وهل يحلف، أو يعطي حميلاً خلال الأجل؟ قولان، وإن لم يتبين أن له مال أطلق بعد اليمين، وإن لم يحضره غرم، وإن سأل المحبوس للدّد أن يعطي حميلاً بوجه إلى أن يثبت عدمه لم يمكن من ذلك؛ لأن التضييق بالسجن واجب عليه، للتهمة اللاحقة به رجاء أن يؤدي، فإذا أراد أن لا يسجن

^١ سقط من ت قوله (أو لم يأخذ فيه عوضاً) .

^٢ سقط من خ قوله (وحبس) .

فحصل من الحمالة إما أن تكون بالمال، أو بالوجه؛ فإن كانت بالمال فعن مالك فيها روايتان:
 إحداهما بخيار رب الدين، يطلب من شاء من غريم، أو حميل، والثانية أنه لا يطلب الحميل إلا
 في غيبة الغريم، أو موته، وبالثانية أخذ ابن القاسم، وعليها العمل، وإن كانت بالوجه فمذهب
 المدونة على ما قررناه عن ابن رشد، أن الحميل لا يغرم إلا في موت الغريم، أو غيبته، ومذهب
 ابن القاسم في رواية العتبية أن الحميل^١ يغرم في الغيبة مع الحياة، وفي الموت مع الغيبة، إذا
 مات بعد حلول الأجل، أو مات قبل حلول الأجل^٢، وقد بقي من الأجل ما لا يمكن للحميل أن
 يأتي بالغريم. فانظره.

^١ في ب، ت (أن الغريم) .

^٢ سقط من ب قوله (أو مات قبل حلول الأجل) .

قلت: قال ابن رشد: هي مسألة خلاف، قيل: إنه لا يلزمه الغرم بإقراره بالكفالة وإن أقر أنه يعرف الحق قبل المطلوب، إذا كان المطلوب منكراً، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه، وقيل: إنه يلزمه الغرم بإقراره بالكفالة وإن كان المطلوب منكراً، إذا كان الغريم معدماً، ولا يلزمه إن كان مليئاً وهذا القول يقوم من قول ابن القاسم في أول رسم من سماعه (13).

فصل: في حمالة الوجه (14)، قلت: إذا تحمل رجل لرجل بوجه إلى أجل اسمياه فمات

المتحمل به، هل يلزم الحميل غرم أم لا؟

قلت: موت المتحمل به لا يخلو حاله: إما أن يموت بالبلد الذي به المتحمل له، أو ببلد آخر، وإن مات ببلد آخر: إما أن يموت قبل تمام الأجل، أو بعده، والبلد الذي مات به: إما أن تكون بعيدة جداً، أو قريبة جداً؛ فأما إذا مات بالبلد الذي به المتحمل له: كان موته قبل الأجل، أو بعده، فقال ابن القاسم في رسم سلف ديناراً من سماع عيسى: لا شيء على الحميل، وإن مات بغير البلد الذي تحمل به فيه قبل الأجل، وكان المكان الذي مات فيه لو كان حياً لم يأت به حتى يمضي الأجل، فهو ضامن له، وكذلك لو مات بعد الأجل بغير البلد، كان ضامناً له، طلبه، أو لم يطلبه؛ لأنه لو طلبه منه لم يقدر على أن يأتيه به، فإن كان قادراً على أن يأتيه به بقرب لم يكن على الحميل غرم، وإن كان بموضع لو كلفه أن يأتي به لم يأت به إلا بعد الأجل بكثير، كان ضامناً.

قلت: قال ابن رشد في الرسم المذكور: ما قاله في موت الغريم بغير البلد وتفرقته بين موته قبل الأجل، أو بعده خلاف ما في المدونة من قوله منها، وإن أخذ الحميل بالغريم، والغريم غائب فحكم على الحميل، وغرم المال، ثم طلعت للحميل بينة أن الغريم كان ميتاً قبل أن يحكم على الحميل^١، ارتجع الحميل ماله؛ لأنه لو علم أنه ميت حين أخذ به الحميل لم يكن عليه شيء؛ لأنه إنما تحمل بنفسه، وهذه نفس قد ذهبت، فعلى مذهبه في المدونة إذا مات لا تبالي حيث مات، تسقط الحمالة بموته، سواء مات في مغيبه، أو في البلد، وهو قول أشهب، ويدل على قوله في هذه المسألة ما وقع له في العتبية في هذه المسألة من قوله: وكل ما قلت لك من خلاف في هذه المسألة فدعه، وخذ بهذا. فانظره (15).

^١ سقط من خ ٢ قوله (إلى أجل) .

^٢ (وغرم المال ... على الحميل) سقط ذلك من ب .

قلت: قال ابن رشد في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم عن مالك: إذا مات أحدهما أن صاحب الحق يأخذ من مال الميت حقه كله صحيحاً؛ لأن النصف عليه في خاصة نفسه^١، فيحل عليه بموته، ثم قال: وروى ابن وهب عن مالك أنه يوقف حق الطالب من مال الميت حتى يحل الأجل، فإذا حل الأجل قبضه إن لم يأت الغائب، فإن أتى رد نصف ما أوقف على الورثة، وأدى الغائب النصف، ثم قال ابن رشد: في إيقاف حق الطالب من مال الميت نظر؛ لأن الذي يوجبه النظر ويقتضيه القياس أن يأخذ نصف حقه معجلاً، وهو الذي يجب له على الميت في خاصته، ويوقف النصف الثاني، وهو الذي يجب عليه بالضمان، حتى يحل الأجل، فإذا حل الأجل قبضه إن لم يأت الغائب، فإن أتى رد ما وقف على الورثة، وأدى ذلك الغائب ويؤيد ذلك ما في المدونة من قوله: إذا مات الغريم لا يحل الدين على الكفيل، ثم قال: وهذا مما لا خلاف فيه أحفظه، وإنما الخلاف في الكفيل إذا مات، هل يحل عليه ما تكفل به؟ أم لا؟ حسب ما ذكرناه (11).

فإن ادعى رجل على رجل أنه تحمل له عن رجل بحق إلى أجل، فلما حل الأجل طلبه بما تحمل به لأجل غيبة الغريم، فحضر المدعى عليه الحمالة، وطولب بها فأنكرها ثم صالح صاحب الحق على بعض حقه، فلما قدم المتحمل عنه طلبه صاحب الحق بما بقي له، هل يكمل له حقه أم لا؟

قلت: قال عيسى في نوازله: يرجع عليه بما بقي له من كمال حقه، ويدفع للحميل ما صالح به عليه، ونقل ابن رشد عن واضحة ابن حبيب عن مطرف، وابن الماجشون أنه لا يرجع صاحب الحق على الغريم إلا بعد اليمين أنه ما صالح الحميل رضا بالصلح عن جميع حقه؛ إلا أن يكون أشهد أنه إنما يصلح الحميل لإنكاره الحمالة، وأنه على حقه على الغريم، فلا تكون عليه يمين، واليمين هي يمين تهمة (12).

فإن أقر رجل لرجل أنه تحمل له بماله على غريم له، فأنكر الذي زعم أنه تحمل عنه، أيكون للطالب قبل المقر شيء أم لا؟

^١ العبارة كما وردت في البيان بعد قوله (في خاصة نفسه) تأتي عبارة (والنصف هو به حميل فيحل عليه عمرته). البيان ج ١١ ص ٢٩٨ .

فإن تحمل رجل عن رجل بمال إلى أمد كذا، فلما حل الأجل أخر المتحمل له الغريم إلى أجل آخر، فلما علم الحميل بذلك قال لصاحب الحق قد انفسخت عني حمالتك، هل تنفسخ بهذا التأخير أم لا؟

قلت: قال القاضي في رسم بيع من السماع المذكور في المسألة التي تليها: ينظر إلى المطلوب فلا يخلو حاله: إما أن يكون معدماً، أو ملياً؛ فإن كان معدماً فلا كلام للحميل، ولزمته الحمالة، قولاً واحداً، وإن كان ملياً فلا يخلو الأمر من ثلاثة أوجه: أحدها أن يعلم بذلك الحميل فينكر، والثاني أن يعلم بذلك فيسكت، والثالث أن لا يعلم بذلك حتى يحل الأجل الذي أخره إليه، فأما إذا علم بذلك فأنكر، فلا تلزمه الحمالة، ويقال للطالب إن أحببت أن تمضي التأخير على أن لا كفالة لك على الكفيل، وإلا فاحلف أنك ما أخرته إلا على أن يبقى الكفيل على كفالته، فإن حلف لم يلزمه التأخير، وتبقى الكفالة، وإن نكل عن اليمين لزمه التأخير، وسقطت الكفالة^١. قال: وهو مذهب ابن القاسم في المدونة، وإن كان قد سكت فيها عن اليمين، وقد قيل: إن الكفالة ساقطة على كل حال، وهو على قول الغير في المدونة^٢ (٩)، وقيل: إنها لازمة بكل حال، وأما إذا علم الكفيل، وسكت حتى حل الأجل، فالحمالة لازمة. قاله في المدونة، ثم قال: ويدخل في هذا الخلاف المعهود في السكوت، هل هو كالإقرار، أم لا؟ وأما إذا لم يعلم بذلك حتى حل الأجل، فيحلف صاحب الحق ما أخره ليبرأ الحميل من الحمالة؛ فإن نكل سقطت الحمالة، ثم قال: وهذا كله في التأخير الكثير، وأما التأخير اليسير فلا حجة فيه للكفيل (١٠).

فإن اشترى رجلان سلعة من رجل إلى أجل على أن كل واحد منهما حميل عن صاحبه، فسافر أحدهما، ومات الآخر قبل أن يحل الأجل، فأخذ البائع للسلعة من ورثة الميت النصف الذي على موروثهم من ثمن السلعة، وطلبهم بالنصف الآخر؛ لكون كل واحد منهما حميل عن صاحبه، هل يمكن من ذلك أم لا؟

^١ سقط من ت، خ قوله (إلا).
^٢ (وإن نكل ... وسقطت الكفالة) سقط ذلك من خ ٢.
^٣ (وقد قيل إن ... في المدونة) سقط ذلك من خ ٢.

إنه لقي فلان بن فلان الفلاني وضمن له العدة (4) المذكورة، فحضر الضامن المذكور، وسئل عما عنده في ذلك فوافقه على الحمالة المذكورة، وقال: إنه لا يعلم صحة الثمن الواجب على المضمون المذكور، كيف حكمها؟

قلت: يكلف المتحمل له البينة بوجوب العدة له قبل المضمون؛ فإن أثبتتها أعذر فيها للحميل المذكور، فإن سلم فيها، أو ادعى مدفعا، وعجز، وعجزه القاضي، وحكم عليه بالعدة المذكورة، وإن دفع في البينة، وأثبت ما يسقطها، وأراد رب الدين إحلاف الضامن؛ فإن حلف برئ، وإن نكل، وقلبها على المدعي حلفها المدعي، وقضي له بدينه على الضامن، قلت: وهذا إذا كان المضمون غائبا، قال ابن رشد: إذا كان غائبا تلوم له (5) في الغيبة القريبة الأيام اليسيرة، يريد اليومين، والثلاثة، خلاف ما في سماع يحيى، ثم قال: وهذا على اختلافهم في الحميل هل يكون الطالب مخيرا فيه وفي الغريم يتبع أيهما شاء وإن كان الغريم مليئا، أو لا يكون له على الحميل سبيل إلا في عدم الغريم أو غيبته، وإن كان حاضرا مليئا فلا سبيل لرب المال إلى الضامن على قول مالك الأخير، وبه أخذ ابن القاسم كما تقدم تفصيله (6).

تنبيه: فإن طلب رب الحق حقه في غيبة الغريم، ولم تقم له بينة إلا أن الحميل أقر به للغريم، هل يلزم الحميل الغرم بإقراره أم لا؟ وإذا غرم هل يلزم الغريم الغرم للحميل أم لا؟ قلت: قال ابن رشد: اختلف في غرم الحميل على ثلاثة أقوال: أحدها أنه يلزمه غرمها بإقراره بالحمالة، وإن أنكر المطلوب أن يكون له عليه شيء، قال: وهو قول ابن القاسم في سماع يحيى، والثاني لا يلزمه غرمها إن كان منكرا، وهو قول مالك في رواية أشهب، والثالث يلزمه غرمها وإن كان منكرا إذا كان معدما، قلت: والإشارة بقوله إذا كان منكرا عائدة على الغريم أي إذا كان الغريم منكرا فإذا غرم الحميل على القول الأول لا يرجع على الغريم إلا إذا قامت له على أصل الدين بينة. انظر رسم الثمرة من سماع عيسى (7).

فإن كان لرجل على آخر دين قد حل أجله، فطلب الغريم التأخير على أن يأتي له بحميل، هل يجوز ذلك أم لا؟ قلت: قال ابن رشد في سماع أشهب، وابن نافع: إذا كان الغريم مليئا هو بمنزلة ما لو أسلفه إياه ابتداء على حميل (8)، قلت: لأن من آخر شيئا بعد حلوله عد مسلفا.

نوع آخر في الحمالة

قلت: الحمالة (1): هي الضمان، ومعناه التزام القيام بالشيء، والاستطاعة به، ثم قال: والكفالة بالمال جائزة في الشرع، لازمة في صريح الحكم، وهي من المعروف، وتجوز عند مالك، وأصحابه في المعلوم، والمجهول، ثم قال: والحمل، والحمالة في اللغة سواء في المعنى؛ لأنهما جميعا مصدران من حمل يحمل حملا وحمالة، ويفترق معنيهما عند العمل بعرف التخاطب، فالحمالة عندهم أن يتحمل بالحق على أن يؤديه عن المطلوب، ويرجع به عليه، والحمل عندهم أن يتحمل بالحق عن المطلوب، ولا يرجع به عليه، ولفظ الضمان عندهم يحتمل الوجهين؛ فإذا ضمن الرجل عن الرجل المال في عقد البيع، أو بعده، أو ضمن عنه الصداق بعد عقد النكاح، فهو على الحمالة حتى ينص أنه أراد بذلك الحمل، بلا خلاف، وأما إذا ضمن عن الزوج الصداق في أصل عقد النكاح أبا كان، أو أجنبيا، فاختلف فيه، هل يحمل على الحمل حتى يتبين أنه أراد بذلك الحمالة؟ أو هو محمول على الحمالة حتى يتبين أنه أراد بها الحمل؟ فمذهب المدونة أنه محمول على الحمل حتى يتبين أنه أراد به الحمالة، وهو قول ابن حبيب في نكاح الواضحة، وقول ابن القاسم في رواية سحنون في العتبية، ورواية عيسى عنه في غير رواية العتبية أنه محمول على الحمالة، ثم قال: فإذا تحمل عن الرجل بالمال في عقد البيع، أو بالصداق في عقد النكاح، فذلك لازم له، ثابت في ذمته، وماله، في الحياة، وبعد الممات، واختلف إذا حمل ذلك عنه بعد عقد البيع، أو بعد عقد النكاح، فروى أصبغ عن ابن القاسم أنه يلزمه في الحياة، ويسقط عنه بعد الممات، كالهبة إذا لم تقبض حتى مات الواهب، وقال ابن حبيب في نكاح الواضحة، وقال ابن الماجشون: ذلك لازم له في الحياة، وبعد الممات؛ لأنها ثمن لما ترك المحمول له من ذمة غريمه (2).

فإذا وقع نزاع بين ضامن، ومضمون تقول: قال فلان بن فلان الفلاني إنه عامل فلان بن فلان الفلاني بأن باع له سلعة كذا وكذا بثمن قدره كذا، وقبضها منه، ومطله في الثمن (3) المذكور، ثم

^١ (أو هو محمول ... بها الحمل) سقط ذلك من ب، خ ٢.

^٢ في خ ٢ (وقبل)

مات، فلا يضر ذلك الحبس، ولا الصدقة، وقال أصبغ: إنما تبطل الصدقة إذا علم أن تصرف الأب على وجه الإنتراع له منهم، لا على وجه الحيازة لبنيه، وإذا لم يعلم ذلك فهو على وجه الحيازة لبنيه أبداً، وقال ابن لبابة: شهادة الشهود^١ شهادة غموس^(١٦)، لا يكاد يعرف أن ما استغل من غلة الحبس أن المحبس^٢ أدخلها في مصالحه؛ لأنه أمر غائب، فالشهادة فيه غير جائزة.

^١ سقط من ب قوله (شهادة الشهود) .

^٢ سقط من ب ، خ ، ١ ، خ ٢ قوله (أن المحبس)

عيسى عن ابن القاسم في الثانية من رسم نقدّها نقدّها في سماعه من الحبس، قلت: قال ابن رشد: قوله على أقرب الناس، معناه على أحق الناس بميراثه يوم مات (13).

فإن حبس رجل على أولاده الكبار، والصغار، وحاز الكبار لأنفسهم، والأب للصغار، أو كانوا كلهم صغارا، أو بلغ بعضهم، وخرج من ولاية أبيه، هل يصح الحبس في حق الجميع، أو يبطل في حق الجميع؟

قلت: قال ابن عبد الرفيح: قال ابن القاسم بالثاني، وقال بعض الموثقين بالأول، ونسبه المتيطي للباجي، ونقل ابن العطار القولين.

فإن كان الحبس في دور، وجنات، وسكن المحبس في دار من الدور المحبسة، وهي أكثر من الثلث، هل يبطل الحبس في الدار، وفي غيرها، أو في الدار فقط؟

قلت: قال في المدونة: يبطل جميع الحبس (14)، قال ابن حبيب عن مطرف، وابن الماجشون: إنه يصح ما لم يسكن قليلا، كان أو كثيرا، ونقل ابن عبد الرفيح التفرقة في الحبس عليه بين أن يكون ممن يحوز لنفسه، وبين من يحوز له والده، فإن كان ممن يحوز لنفسه صح ما حازه، وبطل ما لم يحز، إن كان كثيرا، وإن كان يسيرا صح ما حيز، وما لم يحز^١، وإن كان ممن يحوز له والده بطل جميع الحبس.

قلت: فإن حاز الأب لبنيه الصغار، وبقي يتصرف في غلات الحبس لنفسه، ويدخلها في مصالح نفسه، إلى أن توفي، فهل يبطل ذلك الحبس، أم لا؟ قلت: قال ابن عبد الرفيح: يبطل الحبس، قال ابن العطار: لولا اجتماع الشيوخ على هذا لكان النظر، والقياس أن تعدي الأب على غلة واحدة لبنيه ليس نقضا للحبس، ولا فسحا، لكن جرت الفتيا ببلدنا بفسخ الحبس إذا ثبت ما ذكرناه، وإلى هذا ذهب من بقي. وفي الثمانية (15) قال عبد الملك: إن الأب إذا تصدق على صغار بنيه، وبقي يتصرف في الغلات، كما كان يتصرف قبل الصدقة، بالأكل، والبيع، حتى مات، أن الصدقة جائزة، ماضية، إلا أن يكون حازها من يد الأب أجنبي، وبقي يتصرف فيها، بالأكل، والبيع، فالصدقة موروثه عنه، إلا أن يكون الأجنبي قد حازها الحيازة الطويلة، ثم رجع الأب فيها يملكها، حتى

^١ (ما حازه وبطل ... وما لم يحز) سقط ذلك من ت.

لولد البنات شيئا، وقال ابن القاسم في المستحرجة فيمن قال: داري حبس على ابنتي، وولدها، فولدها بمنزلتها، ذكورهم، وإناثهم، وكذلك قال مالك (10).

فإن كان الحبس في حائط، فبم تجب لهم ثمرته، هل بالطيب، أو بالإبار؟ قلت: قال ابن عبد الرفيح: إن كان المحبس عليهم بأعيانهم وجبت لهم الثمرة بالإبار (11)، وقيل: لا تجب لهم إلا بالطيب، وقيل: إن كانوا هم سقوها، وأبروها، وجبت لهم بالطيب، وإن كان على غير معينين، قيل: تجب لهم بالطيب^١، وقيل: لا تجب لهم إلا بالقسمة.

فإن قال في حبسه: إن انقرض هذا، رجع لأقرب الناس بالمحبس، من هم أقرب الناس بالمحبس؟ قلت: قال ابن عبد الرفيح: هم من كان يرثه يوم المرجع، لو مات في ذلك الوقت الفقراء منهم، ثم قال: وروى سحنون عن ابن القاسم أنه سمع مالكا يقول فيمن حبس حبسا صدقة، لا يباع، ولا يوهب على قوم عاشوا، ثم هلك المحبس عليهم، وانقرضوا، فإنه يرجع إلى ورثة المحبس^٢، ويدخل معهم البنات في السكنى، والغلة، والأخوات، والأمهات، والجندات، والعمات، ولا مدخل للزوجات، ويبدأ بالأقرب، فالأقرب، وروى أصبغ عن ابن القاسم أن كل ما يرجع ميراثا من الحبس، فهو على الأقرب من المحبس يوم يرجع الحبس، وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه قال: الأمر المجمع عليه عندنا، الذي لم يختلف فيه علماؤنا، وحكامنا، أن الحبس لا يرجع لأحد من النساء، إلا البنات، وبنات الأبناء، والأخوات، ومن يرث من النساء، وأما العمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات العم، فليس لهن مرجع في الحبس، ولا مدخل للأُم فيه؛ لأنها ليست من النسب، ولا الجدات من أي ناحية كن. قلت: ونقل ابن رشد في الثانية من رسم الرطب باليابس، من سماع ابن القاسم، عن محمد بن عبد الحكم عن مالك أنه يرجع للمحبس إن كان حيا ملكا مطلقا (12). قلت: والحبس هل يرجع لأقرب الناس بالمحبس يوم الموت، أو يوم المرجع؟ قلت: قال المقرئ في كلياته: كل حبس يرجع ميراثا فهو على أقرب الناس بالمحبس يوم موته، وكل حبس يرجع حبسا فهو على أقرب الناس بالمحبس^٣ يوم المرجع. قلت: هذا الذي قاله رحمه الله هو نص

^١ (وقيل إن كانوا ... تجب لهم بالطيب) سقط ذلك من ت.

^٢ سقط من ت قوله (فإنه يرجع إلى ورثة المحبس).

^٣ (يوم موته ... بالمحبس) سقط ذلك من خ ١، خ ٢.

ومنها مسألة المدارس المحبسة على الطلبة لقراءة العلم هل يجوز لأحد أن يقضي حاجته فيها، وأن يتوضأ، ويشرب من مائها، أم لا؟ قلت: نقل البرزلي أن ابن عرفة أجاب فيها أن من توضأ، أو شرب، أو قضى حاجته إن كان من جنس أهلها ساغ له ذلك؛ لأن المحبس لأهل ذلك الصنف حبس وهو غير معين، فمتى وجد ذلك الصنف جرى حكمه على ما يصح لأهلها، وإن كان من غير صنف أهل الحبس فلا يجوز له ذلك.

ومنها إذا حبس جنة وفيها ثمرة، أو أرضا وفيها زرع، ولم ينص على الثمرة، ولا على الزرع في التحبیس، هل يدخل في الحبس، أم لا؟ قلت: المحبس عليه لا يخلو؛ إما أن يدعي على المحبس أنه حبس الجميع، أو يدعي أن ذلك يقتضيه التحبیس. قال ابن عبد الرفيع: إن ادعى المحبس عليه أنه حبس الزرع، والثمرة مع الأرض، لزم المحبس اليمين، وإلا لم تلزمه اليمين. ومنها مدة الحيازة إذا حبس الأب على بنيه دارا، أو غيرها، وحوزها لهم أقل من سنة، فإذا رجع إليها في داخلها، ومات فيها، رجع الحبس ميراثا، قال ابن عبد الرفيع: وهذا القول هو المشهور المعمول به، وقاله ابن القاسم، وعبد الملك، وسويا في هذا القول بين الصغير، والكبير، ووقع في كتاب محمد أن الولد الصغير بخلاف الكبير؛ لأن في الصغير يبطل برجوع الأب إليها بعد هذه المدة، ولا يبطل في الكبير بذلك.

ومنها قسم الحبس بين المحبس عليهم قسمة اغتلال، هل يجوز ذلك. أم لا؟ قلت: قال ابن عبد الرفيع: اختلف العلماء في ذلك، فكره ذلك قوم، وأجازوه آخرون، وجرى العمل باقتسامه للضرر في الإشاعة.

فإن وقع حبس على ذكور، وإناث، ولم يعين المحبس كيف يقسم بينهم، هل على المساواة، أو على المفاضلة، كيف يقسم؟ قلت: قال ابن عبد الرفيع: سنة الحبس، والصدقة، والهبة، والوصايا، والنحل، والعرايا الاعتدال، حتى ينص المعطي على المفاضلة.

فإن حبس على أولاده الذكور، والإناث، وقال من مات منهم فولده بمنزلته، هل يكون لولد الذكور، وولد الإناث، أو لولد الذكور، دون ولد الإناث؟ قلت: قال مالك في كتاب محمد: لا أرى

^١ هكذا في خ٢ وسقط من خ١ عبارة (أقل من) ، وفي ب، ت، س (أقلها).

أولاده، فيقول: فلان وفلان وفلان، وله أولاد غير من سمى، قال: يدخل غير من سمى كما يدخل من سمى لعموم اللفظ.

ومنها مسألة نزلت في رجل حبس نصف جنان له على أولاده، وأعقابهم، للذكر مثل حظ الأنثيين، وحوز ذلك، ثم مات المحبس، والمحبس عليهم، وكان شرط في حبسه إن انقرض المحبس عليهم، وعقبهم، رجع ذلك لأقرب الناس بالمحبس يوم المرجع، فوجد للمحبس يوم المرجع^١ أخ، وأخت، فوقع الحكم فيها بأن يقسم بينهما نصفين، النصف للأخ، والنصف للأخت، قلت: وقد نص على هذا المرجع ابن يونس في كتاب الحبس، أن المرجع الذكر والأنثى فيه سواء، وإن اشترط المحبس^٢ أن للذكر مثل حظ الأنثيين فلا شرط له، ثم قال: ألا ترى أن لو لم يكن يوم المرجع إلا أخت، أو ابنة، لكان ذلك لها وحدها، وكذلك إذا كان معها ذكر كان بينهما شطرين.

ومنها مسألة إذا حبس المحبس حبسا على المساكين، وحيز عنه الحبس^٣، ومات، وترك أولادا، فاحتاج الأولاد، هل يعطى لهم من غلة الحبس شيئا، أم لا؟ قلت: قال ابن أبي زمنين في المقرب، ناظرا عن كتاب ابن حبيب عن ابن الماجشون: إن أولاد المحبس إذا احتاجوا هم أولى بالغلة، إلا أنه يجعل طرف منها للمساكين، لئلا يندرس الحبس.

ومنها دار محبسة على إمام مسجد احتاجت للإصلاح، وطلب إمام المسجد ناظر الحبس أن يصلح ما تحتاج إليه الدار من الإصلاح، من غلة المسجد، هل يسوغ للناظر أن يفعل ذلك، أم لا؟ قلت: سئل عنها الزرويلي فأجاب عنها بأن قال: إصلاح دار إمام المسجد من غلة أحباس المسجد واجب، إذا امتنع الإمام من أداء الكراء، أو يخرج لتكرى بما ترم به، كما يعطى هو، وسائر قومة المسجد من غلة أحباس المسجد، قلت: ما أفتى به رحمه الله من إباحة أخذ الأجرة للإمام هو على مذهب محمد بن عبد الحكم، وبه أخذ الأندلسيون، وهي إحدى المسائل التي خالفوا فيها مذهب ابن القاسم على ما يأتي ذكره في آخر هذا الكتاب إن شاء الله تعالى.

^١ سقط من خ ٢ قوله (فوجد للمحبس يوم المرجع) .

^٢ (أن المرجع ... اشترط الحبس) سقط ذلك من ت ، خ ١ ، خ ٢ .

^٣ سقط من ت ، خ ٢ قوله (وحيز عنه الحبس) .

الحيوانات؛ الخيل، والبغال، وغيرها، والثالث السلاح، والدروع، والثياب، فأما الصنف الأول، فلا خلاف في جواز تحبيسه، هذا مذهب مالك، وأما الصنف الثاني، فذكر الشيخ أبو الحسن اللخمي أنه اختلف في الحيوان والثياب على أربعة أقوال: فأجاز ذلك ابن القاسم في المدونة، وعنه في كتاب محمد أن مالكا استثقل تحبيس الحيوان، وقيل: بالمنع في ذلك كله، وقيل: بجوازه في الخيل، وأما الصنف الثالث، وهو السلاح، والدروع، فذلك جائز، وأجاز في المدونة تحبيس السروج (٩)، وقال بعض المتأخرين: هذا الخلاف في الحيوان، وما أشبهه، إنما هو راجع إلى الأحباس المعقبة، أو على النفر بأعيانهم، وأما تحبيس ذلك كله لينتفع به في السبيل، ويجعل ما له غلة من ذلك موقوفا لإصلاح الطرق، أو منافع المساجد، أو يفرق على المساكين، وما أشبه ذلك، فلا خلاف في جواز ما عدا العبيد^١، والإماء.

قلت: فإن انقضت منفعة الحبس، هل يباع، ويعوض بثمنه^٢، أو يعوض به من غير بيع^٣، أو لا يعوض به، ولا يباع؟ قلت: قال ابن عبد الرفيع: إذا انقضت منفعة الحبس جاز بيعه عند مالك، وابن القاسم، ثم قال: اختلف قول مالك في بيع الرباع المحبسة إذا خربت، فالمشهور عنه المنع، وروى عنه أبو الفرج في حاويه الجواز، قلت: وسئل الفقيه ابن علال عن سدس جنان بتازا، لا تفي غلته بخدمته، فأجاب بأن يباع، ويعوض بثمنه ما هو أغبط للحبس، قلت: وبفتياه جرى العمل.

فصل: في ذكر مسائل مختلفة؛ فمنها ما إذا حبس الرجل جميع أملاكه على ولده، فذكر الموثق بعض المواضع، وترك بعضها، هل يدخل ما سمي، وما لم يسم، أو لا يدخل إلا ما سمي فقط؟ قلت: سئل عنها الزرويلي، فأجاب عنها بأن يدخل في الحبس ما سمي، وما لم يسم^٤، وإن كان خص بعض المواضع بالذكر، وترك بعضها، غير أن المخصص بالذكر دخل في الحبس بلفظ الخصوص، ولفظ العموم، وغير المخصص بالذكر دخل بلفظ العموم^٥ خاصة، وهو كاف في الدخول، ثم قال: ونحو هذا في سماع أصبغ، ثم قال: ومثله قال ابن زرب في الرجل يوصي على

^١ في ب، ت، خ، س (العين)

^٢ في ب (هل يباع بثمنه) وفي ت (هل يباع بثمنه) وسقط من خ ٢ قوله (يعوض بثمنه).

^٣ سقط من ب قوله (أو يعوض به من غير بيع).

^٤ (أو لا يدخل... وما لم يسم) سقط ذلك من ت.

^٥ (هل يدخل... وترك بعضها) سقط ذلك من خ ٢.

^٦ (ولفظ العموم... بلفظ العموم) سقط ذلك من ب.

عليه، فإن امتنع من ذلك جبر عليه، ولا يبطل الحبس بتأخير القبض، ما لم يمت المحبس، أو يتراخى المحبس عليه في القبض حتى فوته المحبس (5).

والحبس على ثلاثة أوجه: أحدها أن يكون الحبس على معينين، والثاني أن يكون على مجهولين، غير محصورين، ولا معينين، والثالث أن يكون على محصورين، غير معينين.

فأما الوجه الأول فهو أن يقول هذه الدار حبس على فلان، فاختلف قول مالك، هل يكون صدقة محرمة لا يرجع إلى المحبس، ويكون بعد موت المحبس عليه لأقرب الناس بالمحبس عليه، أو لا يكون صدقة محرمة^١، ويرجع بعد موت المحبس عليه إلى المحبس ملكا مطلقا، يبيعه ويصنع فيه ما

شاء؟ على قولين، منصوصين عنه في المدونة، وسواء قال في حياته، أو لم يقل، هذا ظاهر المدونة، وهو قول سحنون، وقد قيل: إنه إن قال: في حياته رجع بعد موته إلى المحبس ملكا، وإن لم يقل: في حياته رجع بمرجع الأحباس على أقرب الناس بالمحبس، قاله ابن المواز. وأما الوجه الثاني إذا حبس على مجهولين، قال ابن رشد: ليس في هذا اختلاف أنها صدقة محرمة موقوفة على الوجه الذي سبلها فيه، لا ترجع إلى المحبس أبدا.

وأما الوجه الثالث وهو أن يحبس على محصورين، قال ابن رشد: فإن هذا ليس فيه خلاف أنها صدقة محرمة، لا ترجع إلى المحبس، وتكون بعد انقراض المحبس عليهم حبسا على أقرب الناس بالمحبس؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم لأبي طلحة رضي الله عنه (أرى أن تجعلها في الأقربين) (6)، إلا أن يقول: في حياتهم فمذهب ابن الماجشون أنها ترجع إليه ملكا بعد انقراض العقب (7).

فإن نحل الوالد حليا لولده، ثم مات الوالد^٢، فأراد ورثته قسم ذلك، فقال مالك في رسم حلف من سماع ابن القاسم: ليس لهم ذلك، قال ابن رشد: لأن الأب يحوز لصغار بنييه ما وهب لهم، وهو محمول على الهبة حتى يشهد بالعارية (8).

فصل: قلت: فإذا تقرر بما يصح من الحيازة وأنها شرط فيه، لا يكمل إلا بها، فالأشياء المحبسات قال ابن عبد الرفيح: ثلاثة أصناف: الأول منها الدور، والأرضون، والحوانيت، والحوائط، والثاني

^١ (لا ترجع إلى المحبس ... صدقة محرمة) سقط ذلك من ت .

^٢ في ت (الولد)

نوع آخر في الحبس والصدقة والهبة

قال ابن رشد: أجمع أهل العلم على جواز الهبة، والصدقة، وثبوت حكمهما في الشرع، وإنما اختلفوا هل تلزم بالقول، أم لا؟ وإذا لزم بالقول، هل تفتقر إلى حيازة، أم لا؟ وهل تجوز إن كانت مجهولة، أم لا؟ فالذي ذهب إليه مالك رحمه الله، وجميع أصحابه، أنها تلزم بالقول، وتفتقر إلى الحيازة، فيحكم على الواهب، أو المتصدق بدفعها، ما لم يمرض، أو يفلس، خلافا لأبي حنيفة، والشافعي، وما لم يحز، ومرض، أو فليس الواهب، أو المتصدق⁽¹⁾، وتجوز الهبة، والصدقة عند مالك، وإن كانت مجهولة، وتفتقر الهبة من الصدقة على مذهب مالك في وجهين: أحدهما أن الهبة تعتصر، والصدقة لا تعتصر⁽²⁾، والثاني أن الهبة يصح الرجوع فيها بالبيع، والهبة، والصدقة لا يجوز الرجوع فيها ببيع، ولا هبة، إلا أن تكون الصدقة على الابن، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات: أحدها أن الرجوع فيها لا يجوز إلا عن ضرورة، مثل أن تكون أمة فتتبعها نفسه، أو يحتاج فيأخذ لحاجته، وهو ظاهر المدونة، الثانية أن الرجوع فيها بالبيع، والهبة يجوز وإن لم تكن ضرورة، ولا يكون له اعتصار^٢، وهو قول مالك في كتاب ابن المواز، والثالثة أن الرجوع فيها بالبيع، والهبة يجوز، وأن الاعتصار يكون له، وهو قول مالك⁽³⁾.

وأما الحبس فاختلف أهل العلم في جوازه؛ فمذهب مالك رحمه الله، وجميع أصحابه جوازه، وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم، وعمر، وكثير من الصحابة، رضوان الله عليهم. فالأحباس سنة قائمة، عمل بها النبي صلى الله عليه وسلم⁽⁴⁾، والمسلمون بعده، إلا أن من شرط تمامه القبض، والحيازة، كالهبة، والصدقة، فإن لم يقبض عن المحبس، ولا خرج عن ماله، ويده حتى مات، فهو باطل، ويكون ميراثا، وليس للمحبس الرجوع في حبسه، ويلزم إقباضه للمحبس

^١ (وما لم يحز ومرض أو أفلس الواهب أو المتصدق)، هذه عبارة المخطوط. أما عبارة ابن رشد في المقدمات وهي الأصل الذي نقل عنه المؤلف فهي: (ومنى لم تحز عن الواهب أو المتصدق حتى مات أو فليس فقد بطلت) انظر المقدمات ج ٢ ص ٤١٠ .

^٢ (وإن لم ... له اعتصار) سقط ذلك من ب .

والسنون الكثيرة، وادعى الوصي الدفع، ولم تكن له بينة أنه يحلف، ويبرأ، قال ابن الفخار: وهو قول مالك، ووقع لأشهب في كتاب ابن المواز أن الطول هو مثل العشرين سنة، والثلاثين، إذا كان مقيماً معه، لا يدعي شيئاً، ثم طلب بعد ذلك، وقال ابن زرب: إذا قام بعد انطلاقه بأعوام كثيرة، كالعشرة، والثمانية، فلا شيء له قبله عدا اليمين، فيحلف الوصي ويبرأ، انتهى.

الأجنبي بخمسة وسبعين؛ لأن المائة التي أوصى له بها ربعها خمسة وعشرون، ثم قال: والمشهور من المذهب أنه يحاصص بجميع المائة. انتهى ملخصا فانظره (29).

فإن أوصى رجل لرجل بثوب من ثيابه، وله ثياب عدة، ولم يعين أي ثوب هو منها، ما حكمها؟ قلت: قال أصبغ في نوازلہ: ينظر إلى عدد الثياب، إن كان عددها مثلاً عشرة تقوم كلها، ويعطى للموصى له بثوب منها عشر القيمة بالسهم، فإن كان في الثوب وفاء فذلك له، وإن كانت قيمته أكثر لم يكن له، وصار له مبلغ عشر قيمة جميع الثياب، وإن كان الذي صار له أقل، صرف له ما بقي، حتى يستوفي. قال القاضي: هذا مما لا خلاف فيه.

فإن أوصى بمائة دينار مثلاً في صحته، ثم قطعت تلك السكة التي كانت يوم عقده الوصية، وبدلت بغيرها، من أي السكتين تنفذ الوصايا؟ هل من سكة يوم العقد، أو من سكة يوم الموت؟ قلت: قال ابن عبد الرفيح: إذا لم يشترط سكة بصفة معلومة، نفذت السكة الجارية يوم التنفيذ، بخلاف الكوالي والديون^١، قلت: وكل وصية لا تدخل إلا فيما علم به الموصي، قاله ابن عبد الرفيح، وقيل: تدخل فيما علم، وفيما لم يعلم، وقيل: يفرق بين العتق، وغيره، فالعتق يدخل فيما علم، وفيما لم يعلم، وغيره لا يدخل إلا فيما علم فقط.

فإن أوصى رجل بثلثه للمساكين، فمات، وتأخر تنفيذه، والنظر فيه إلى أن صار بعض ورثته مساكين، هل يعطوا منه شيئاً أم لا؟

قلت: قال ابن عبد الرفيح: قال ابن القاسم: لا يعطوا منه شيئاً، كانوا يوم الوصية أغنياء، أو مساكين، ثم قال وفي هذه المسألة عن ابن الماجشون غير هذا.

فإن أطلق الوصي يتيمة من الحجر، وادعى أنه دفع إليه ما كان بيده من ماله، وأنكر اليتيم الذي كان محجوراً، هل يقبل قول الوصي في الدفع، أم لا؟

قلت: قال ابن عبد الرفيح: لا يقبل قوله، قال ابن العطار: وبه القضاء، وللوصي على المدعى عليه إذا لم تقم له على الدفع بينة اليمين، ولليتيم ردها، واحتجوا بقول الله عز وجل: [فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم] (30)، وروى أبو يزيد عن ابن القاسم أنه إن طال الزمان البعيد،

^١ (قلت قال ابن عبد الرفيح ... الكوالي والديون) سقط ذلك من خ ١ .

فإن أوصى لوارث، وأجنبي بوصايا، كيف الحكم؟ قلت: وصية الوارث مع الأجنبي لا يخلو حالها من أربعة أوجه: الأول منها أن يوصى لوارث، وأجنبي، ويتحد الوارث، الثاني أن يوصى لوارث، وأجنبي، ويتعدد الوارث، وتكون الوصية على الرؤوس، لا على السهام، الثالث والمسألة بحالها، إلا أن الوصية على السهام، الرابع أن يوصى لأجنبي، ولبعض الورثة؛ فأما القسم الأول، فقال ابن رشد فيه في رسم القضاء العاشر، في سماع أصبغ: ليس للوارث أن يحاص الأجنبي بوصيته، إذا لم يوص له إلا بما هو واجب له بالميراث، ولا حجة له على الأجنبي بالثلث فما دونه، قلت: وكذلك الحكم في القسم الثالث، وأما القسم الثاني، فقال فيه: إن الورثة يحاصون الأجنبي بما فضل به بعضهم على بعض، إذا لم يحمل الثلث ما أوصى به للأجنبي، ولبعضهم؛ لأن التفضيل لبعضهم على بعض وصية له دون غيره من الورثة، فما ناب الورثة بالحصاص عاد للورثة، إذا لم يجزوا ذلك (28).

قلت: ونمثل لذلك مثالا، وذلك أن الميت ترك ابنين، وابنتين وستمائة دينار، وأوصى لكل واحدة من البنيتين بمائة، وأوصى للأجنبي بمائتين^١، فالذي زادت الوصية في سهام كل بنت خمسون، فيتحاص البنتان بمائة، والأجنبي بمائتين فيقسم الثلث بينهم اثلاثا، ثلثه للبنتين بستة وستين وثلثين، وثلثاه للأجنبي بمائة وثلثة وثلثين وثلث، قال ابن رشد: وقيل: إنهما إنما يحاصان الأجنبي، بما زاد ما أوصى به لهما على ما يجب لهما بالميراث من جميع الوصية لهما، ولأخويهما، وذلك ستة وستون وثلثان؛ لأن مبلغ الوصية لهما، ولأخويهما أربعمائة، يجب لهما منها بالميراث مائة وثلثة وثلثون وثلث، وقد أوصى لهما بمائتين، فتبقى لهما ستة وستون وثلثان، وهي التي يقع بها لهما الحصاص مع الأجنبي. قال ابن رشد: وهذا القول أظهر، ثم قال: ويجب على قياسه إذا أوصى الرجل لأجنبي، ولبعض الورثة، فلم يحمل ذلك الثلث، أن لا يحاص الورثة الأجنبي، إلا^٢ بما يبقى من وصية الوارث بعد ما يجب منها بالميراث. قلت: وهذا هو القسم الرابع، ومثاله أن يترك المتوفى أربع بنين، ويوصي لأحدهم بمائة دينار، ولأجنبي بمائة، وثلثه مائة^٣، فيحاص الإبن^٤

^١ سقط من خ ٢ قوله (وأوصى للأجنبي بمائتين) .

^٢ في خ ١ (إلا أن) .

^٣ سقط من خ ١ قوله (إلا) .

^٤ في ب (وثلث مائة) وفي ت (والثاني بمائة) وفي خ ١ (وثلث مائة) .

^٥ سقط من خ ١ قوله (الإبن) .

رجوع له على أهل الوصايا، وإن أهل الوصايا يرجعون عليه بما فضل، مما وقف له، إذا لم يستنفذه قبل الأجل الذي عمر إليه، ثم قال: وقد قيل: إنه يرجع على أهل الوصايا إن عاش أكثر مما عمر، كما يرجع أهل الوصايا عليه فيما فضل مما وقف له إن مات قبل أن يستنفذه، وهو اختيار أشهب، والثلاثة الأقوال في آخر الرسم الأول، من سماع أصبغ من الوصايا (25).

فإن أوصى رجل لرجل بأشياء بأعيانها، ومات، وزادت قيمة تلك الأشياء على الثلث، هل يكون للموصى لهم الثلث من مجموع التركة شائعا فيها، أو ما وجب لكل واحد من الموصى لهم، يكون له بحسابه في عين^١ ما أوصى له به؟

قلت: قال يحيى عن ابن القاسم، في رسم يشتري الدار: إن ما وجب لكل واحد من الموصى لهم، يجعل له في الذي أوصى له به^٢ خاصة، لا ينتقل عنه إلى غيره، ثم قال: وإن كان أوصى مع هذه لرجل بمائة دينار، قطع لهم بالثلث، يتحصون فيه، ولم توضع وصاياهم فيما سمي لهم خاصة، قال ابن رشد: لم يفرق في المدونة هذه التفرقة، وذكر أن قول مالك اختلف في ذلك، فتفرقته في هذه الرواية قول ثالث في المسألة. انظر بقية توجيهه (26).

فإن أوصى رجل لرجل بعروة دار، ثم بناها الموصى، ومات، هل تكون كلها للموصى له، أو لا يكون له منها شيء، أو يكون شريكا مع الورثة بقيمة العروة؟

قلت: جمع ابن رشد في نوازل سحنون، في بناء العروة وهدم الدار إذا أوصى بها، ثم هدمها، ثلاثة أقوال: أحدها أن الوصية تبطل في الوجهين، والثاني أنها تصح في الوجهين، والثالث الفرق بين البناء، والهدم، فتبطل في مسألة البناء، ولا تبطل في مسألة الهدم، ثم قال: ويختلف على القول في أن الوصية بالعروة لا تبطل ببنائها، هل يكون للموصى له^٣ ببنائها، أو يكون شريكا مع^٤ الورثة بالعروة، ويختلف أيضا على القول بأن الوصية بالدار لا تبطل بهدمها، هل تكون له الأنقاض مع البقعة، أم لا؟ فقول: لا يكون له النقص مع البقعة، وقيل: إنه يكون له، وهو قول ابن القاسم في المجموعة (27).

^١ في ت، خ، ١، خ (في غير).

^٢ سقط من ت قوله (في الذي أوصى له به).

^٣ (ببنائها... للموصى له) سقط ذلك من ت.

^٤ في ت (مشركا بين).

قلت: قال عيسى عن ابن القاسم، في رسم نقدها: لا وصية له بها إن كان قال: مالي على فلان فهو له، ثم أخذها منه، فليست له وصية، وهو أمر رجع فيه، قال ابن رشد: لأنه لا وجه لأخذ المائة منه إلا الرجوع فيها، ثم قال: ويختلف، هل يحاص الورثة بها أهل الوصايا، إن كان الثلث لا يحملها، على اختلاف قول مالك في المدونة في الذي يوصي لرجلين بعشرة عشرة، وثلثه عشرة، فيموت أحدهما في حياة الموصي، ويعلم بذلك قبل موته (24).

فإن أوصى بعق عبد له، ولرجل بثلث ماله، وآخر بسدس ماله، ثم مات العبد، ثم مات الموصي، كيف حكم العبد الميت في ثلثه؟

قلت: حكمها على ما عند ابن يونس، أن يقوم المملوك، وتجمع قيمته إلى سائر التركة، ويؤخذ ثلث الجميع، وتؤخذ منه قيمة المملوك، ترجع للورثة، وباقي الثلث يتحصص فيه سائر أهل الوصايا، صاحب الثلث بثلثه، وصاحب السدس بسدسه، ونقل ابن يونس في المسألة قولاً آخر، وهو أن العبد الميت لا تجمع قيمته إلى سائر التركة، ويبدأ بإخراج قيمته من ثلث سائر التركة التي هي ما عدا قيمة العبد، وباقي الثلث يقع في الحصص، كما تقدم.

فإن أوصى رجل لرجل بدار له في موضع معروف، ثم أوصى بها لرجل آخر، ثم مات، لمن تكون الدار؟ قلت: قال ابن رشد: قال ابن القاسم فيمن أوصى لرجل بشيء، ثم أوصى به لرجل آخر: يكون بينهما نصفين، قلت: فكذلك الحكم في هذه المسألة، ولا يكون إيصاؤه بها للثاني رجوعاً عن الوصية بها للأول.

فإن أوصى رجل لرجل بمائة دينار، وآخر بسكنى دار للموصي حياة المسكن، ثم مات الموصي، وضاق الثلث عن مجموع ذلك، فيحص الموصى له بالمائة، ويحص الموصى له بالسكنى بقيمة سكناه، بحسب تعميره، فأعطي الموصى له بسكنى الدار ما أوجبه الحصص منها، ثم إن مات المعمر قبل انقضاء أجل التعمير الذي عمر، أو عاش حتى جاوزه، هل ينتقض الحكم الذي كان وقع بينهما، أم لا؟

قلت: قال ابن القاسم في رسم العرية، من سماع عيسى: لا ينتقض الحكم، وذلك حكم قد مضى، ونقل عن ابن رشد من سماع أشهب، من رسم الأقضية منه، أن المعمر إن عاش أكثر مما عمر، لا

قلت: قال ابن رشد في رسم البراءة، من سماع ابن القاسم: إذا كانت الوصية بعدد من دنانير، لوجب أن تعجل الوصية بالعدد، كالدين في وجوب إخراجها من التركة قبل القسمة، لقول الله عز وجل [من بعد وصية يوصي بها أو دين] (20)، ونصيب الوارث لا يعطى له منه شيء حتى تضع الزوجة الحمل (21).

قلت: فخلاصة كلام ابن رشد في هذه المسألة، أنها على مفهوم كلامه في هذا الرسم، وما صرح به في غيره، أن المأخوذ من مال الميت بعد موته، وقبل وضع الحمل، على ثلاثة أقسام: الأول منها أن يكون ديناً، الثاني أن يكون وصية بجزء، أو بعدد، الثالث أن يكون وارثه وارثاً، له حضان: أعلى وأدنى، فعلى تقديره أن الدين يعطى لربه من غير خلاف، كما لا يعطى نصيب الوارث من غير خلاف، والوصية ينظر فيها، إن كانت بعدد ألحقت بالدين، وإن كانت بجزء ألحقت بالميراث. فإن أوصى رجل بثلث ماله للمساكين، وله أملاك كثيرة، ومال ناض، فلما طلب الناظر في الوصية بيع تلك الأملاك ليخرج الثلث من جميع المتروك، قال له الورثة: قوم علينا المتروك، ونعطيك مناب الوصية من الدنانير، هل يلزم الناظر في الوصية ذلك، أم لا؟

قلت: قال ابن رشد في رسم الوصايا، من سماع ابن نافع، وأشهب: لا يقوم ذلك عليهم، ولا يباع، قال مالك: لأنهم يتنزلون منزلة الأشرار في المتروك، وليس بين الأشرار أمر يجبرون عليه. وقال ابن القاسم: ليسوا بمنزلة الأشرار في قسمة ما قسم، إذا دعوا إلى قسمته، وروى أصبغ عنه أن التقويم من حق الورثة، إذا دعوا إليه، وكرهوا البيع، كان ذلك مما ينقسم، أو مما لا ينقسم، وهو قول ثالث في المسألة، وقال علي (22) عن مالك: ينظر إلى الأرفق بأهل الوصايا، وهو قول رابع، وفرق ابن المواز بين ما ينقسم، وما لا ينقسم، وهو قول خامس. فانظره: لأن فيها كلام طويل (23). فإن أوصى رجل لرجل بمائة دينار له عليه، وأوصى لرجل آخر بوصايا، ثم يرسل للذي له عليه المائة، فيأخذها منه في مرضه، ثم يموت الموصي، هل أخذها من الموصى له بها رجوع عن الوصية، أم لا؟

^١ (في المتروك ... بمنزلة الأشرار) .

فإن أقر الوصي بدين على محاجيره، فهل يلزمهم ذلك، أم لا؟ قلت: فرق البرزلي في نوازه بين إقراره في الذي تولى المعاملة فيه، وغيره، فيلزمهم فيما ولي فيه المعاملة، وفي غيره هو كالشاهد عليهم.

فإن أوصى له بدنانير أقل عدداً من الأول، ما حكمها؟ قلت: قال ابن دبوس: له أكثر العددين. قال عبد الملك: لأنه لم يبين أنه رجع عن الأولى^١، وفي كتاب ابن حبيب إن كانت وصية واحدة، وسمى له في أولها عشرة، وفي آخرها عشرة^٢ فاقل، فله المالن جميعاً، وإن سمي له في آخرها أكثر من عشرة، فله الزائد على العشرة، وله الأخرى فقط، وإن اختلفت الأصناف كانت له الوصيتان معاً، واختلف في الوصية بالدنانير، والدراهم، فجعلها ابن القاسم صنفين، وجعلها عبد الملك، ومطرف صنفاً واحداً، قال أشهب عن مالك: وإن كانت وصية بدراهم في موطنين، كان له أكثر الوصيتين. فإن أوصى لرجل بعدد، وآخر بجزء، ما حكمها؟ قلت: نقل الجلاب (١٥) في ذلك ثلاث روايات: أحدها يُبدأ صاحب الجزء، وثانيها يُبدأ صاحب العدد، وثالثها يتحصان، وهو المشهور منها، وقال ابن رشد، لا خلاف إذا قال: لفلان ثلثي، ولفلان منه عشرة، أن العشرة تُبدأ على الثلث، وأما إن لم يأت بمن أولاً، ولا آخر، فاختلف قول مالك، وأتى بمثل ما قدمناه عن الجلاب. انظر رسم الوصايا من سماع أشهب، وابن نافع (١٦).

فإن أوصى أن تشتري رقبة برسم العتق، هل يجوز للناظر في الوصية أن يشتريها بشرط العتق، أم لا؟ قلت: قال ابن رشد في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة، من سماع ابن القاسم: إن كانت الرقبة واجبة فلا يجوز أن يشتريها بشرط العتق؛ فإن فعل ضمن، وإن كانت تطوعاً فكره له أن يفعل ذلك، فإن فعل لم يضمن (١٧).

فإن أوصى رجل بوصايا، ومات، فادعت زوجته أنها حامل، ولها على الزوج دين من كالي صداقها (١٨)، هل تنفذ الوصية والدين، أو لا ينفذ واحد منهما، أو ينفذ الدين، ولا تنفذ الوصية؟ فإن قلنا بالتنفيذ: هل يعطى لمن له فرضان أحدهما مع غير حاجب، والآخر بحاجب (١٩)، هل يعطى له الفرض مع الحاجب، أو لا يعطى له شيء حتى تضع الحمل، ما حكمها؟

^١ سقط من ب قوله (عن الأولى) .

^٢ سقط من ب قوله (وفي آخرها عشرة) .

ابن أبي الدنيا، هو غير ما في المدونة، وما في المدونة من قول ابن القاسم هو المشهور، وصوابه أن يقول: والمعمول به من القولين أن الغلة للورثة.

قلت: ونزلت مسألة في امرأة أوصت بثلاث لمن عينته، في رسم وصيتها، على أن يكون لفلان كذا، ولفلان كذا، وباقي الثلث للمساكين، ثم بعد ذلك أوصت بثلاث آخر، عينت منه عتق مملوكة، ويعطى من باقيه لفلانة كذا، ولفلانة كذا، وباقي الثلث للمساكين، وماتت المرأة الموصية، ولم يجز الورثة غير الثلث، فوقع الحكم فيها بأن أخذ ثلث جميع التركة، وبدئ منه بعتق المملوكة، ووقع التحاص بين أصحاب الباقي من الثلث، وأصحاب الثلث في الباقي من الثلث بعد إخراج قيمة المملوكة منه، وذلك على ما عند ابن يونس في وصاياه.

فإذا كانت المسألة بحالها، إلا أن بعض الموصي لهم كان مات في حياة الموصي، ثم مات الموصي، كيف حكمها؟ قلت: المشهور من المذهب فيها، الذي قال به ابن القاسم في المدونة، أن ما ناب الميت منهم في الحصاص، يصير للورثة، وما ناب من وجد حيا بعد موت الموصي أخذه إن وجد حيا يوم القسمة، أو لورثته إن وجد ميتا يوم القسمة، وفي المسألة ثلاثة أقوال لمالك وهي روايات عنه: الأول منها هو ما قدمناه، والثاني يسقط نصيب الميت من الحصاص، كأن الميت لم يوص له، والثالث يفرق فيه بين أن يعلم الموصي بموت الموصي له، أو لم يعلم؛ فإن علم فكالثاني، وإن لم يعلم فكالأول (14).

قلت: فإن أوصى رجل وصيين على أولاده، ومات، وترك مالا، فطلب كل واحد من الوصيين أن يكون المال عنده، كيف حكمها؟ قلت: ينظر القاضي في الوصيين، ويدفع المال إلى أجودهما إن تساويا في العدالة، قاله ابن القاسم، وإن لم يتساويا في العدالة، قاله مالك، وإن قسما المال وضاع؛ فقال ابن الماجشون: يضمناه، وقال أشهب: لا ضمان عليهما، وقال ابن دبوس عن علي: وأعجب إلي أن يقتسموه¹ إن تشاحوا، ولا ينتزع منهم.

¹ في ت (وأعجبها أن لا يقتسموه) .

عدلين، لم يثبت شيء منها حتى يشهد عليه؛ إذ قد يكتب، ولا يعزم، رواه ابن القاسم في المجموعة، والعتبية، ونقل البرزلي عن اللخمي أنه إن قال الموصي: فليشهد علي خطي من وقف عليه، فلينفذ ما فيه، وإلا فالروايات لا ينفذ.

فإن أوصى زوجته على أولاده إيصاء مطلقاً، فمات، وانقضت عدة المرأة، وتزوجت، هل يسقط نظرها وينتزع المال من يدها، أم لا؟ قلت: قال ابن رشد: إذا علم من الزوجة الصلاح في حالها، وهي وافرة المال ترك عندها^١ بالإشهاد عليه، وإن جهل حالها، شورك معها في النظر من يكون المال عنده، ولم يترك عندها؛ لأن المرأة إذا تزوجت غلبت على جل أمرها، كما قال مالك رحمه الله، ولا تعزل بالتزويج عن الإيصاء، إلا أن يثبت عليها ما يوجب ذلك (10).

فإن أوصى الموصي بجنان (11) لأول ولد يولد لولده فلان، فإن لم يولد لولده ولد يعطى ذلك الجنان لرجل سماه، فيبقى الجنان بعد موت الموصي موقوفاً حتى يتزايد الولد، لمن تكون الغلة في خلال ذلك، هل للولد، أو لورثة الموصي؟

قلت: نقل البرزلي في هذه المسألة عن بعض المفتين خلافاً، قال هو في المدونة وغيرها، وقال بخلاف ما إذا كانت الوصية بجزء شائع أن غلته تكون للموصى له من غير خلاف، ثم قال البرزلي: والخلاف الذي أشار إليه في المدونة هو قوله فيمن أوصى لرجل برقة جنانه، أو أمته، فأثمرت الجنة عاماً أو عامين، أو ولدت الأمة، وذلك قبل موت الموصي، والثالث يحمل الجنان، وما أثمر، والأمة، وما ولدت، فإن الولد والثمره للورثة دون الموصى له، وما أثمر الجنان بعد موته، وقبل النظر في الثالث، نفذت الوصية بالثمره للموصى له، ولا تقوم الثمرة مع الأصل (12). قال: وقيل: غير هذا، وهو قول أكثر الرواة، وأجاب فيها ابن أبي الدنيا: أن الغلة للورثة، ولا تكون للموصى لهم، إلا من يوم القبول على المشهور من القولين، وقبول هذا لا يكون إلا بعد وجوده، وأجاب فيها القوري: أن الاستغلال للورثة في خلال تلك المدة، يقتسمونه على فرائضهم، ووافق عليه ابن زيادة الله (13)، وذكر أن المسألة منصوبة لابن يونس، في الثاني من الوصايا، قلت: انظر ما شهره

^١ سقط من ب قوله (عندها) .

فيمن قال: من ادعى علي من دينار إلى عشرين دينار فاقضوه، أن ذلك نافذ، ولم يذكر عدلا من غيره.

فإن قام محتسب على وصي، وطلب منه المحاسبة على مال الأيتام، هل يمكن من ذلك، أم لا؟ قلت: نقل البرزلي عن ابن الحاج أن للمحتسب القيام على الوصي بذلك، وإن لم يكن المحتسب وارثا، فإن أنكر الوصي بعض ما ادعاه المحتسب، ولم تقم للمحتسب بينة، حلف الوصي، ولا تؤخر اليمين، قلت: ما لم يقصد المحتسب بكلامه إضرار الوصي، فإن قصد إضراره لم يمكنه القاضي من ذلك، كما قالوا في الوكيل، إن كانت بينه، وبين مطلوب موكله عداوة لم يمكن من ذلك، ويقال للطالب وكل غيره، أو تكلم بنفسك على حقا.

فإن أوصى رجل على بنيه رجلين، وشرط في وصيته إن مات واحد منهما، أو غاب، فالحاضر ينفرد بالإيصاء، فثبتت سخطة (8) أحدهما، هل ينفرد الباقي بالإيصاء، أم لا؟ قلت: قال ابن سهل: يوكل القاضي مع الباقي ناظرا مأمونا، ولا ينفرد الباقي؛ لأن المعزول لسخطه لم يمت، ولا غاب، قلت: نزلت مسألة من هذا المعنى في وصيين امتنع أحدهما من القبول بعد موت الموصي، فحكمت فيها بقول ابن سهل، أن الذي لم يقبل، لم يمت، ولم يغيب، وهو إنما اشترط الاستبداد مع الموت، أو الغيبة.

قلت: فإن أراد الوصي أن يتخلى عن الوصية بعد موت الموصي من غير عذر يثبت، هل له ذلك، أم لا؟ قلت: فرق ابن عتاب بين قبول الوصي أن يكون في حياة الموصي، أو بعد موته، فإن كان قبوله في حياة الموصي، فلا يحله القاضي إلا بعد ثبوت عذر يوجب ذلك، وإن كان قبوله بعد موت الموصي، فللقاضي أن يعفيه بغير عذر.

فإن كتب وصيته بخط يده، ولم يخرجها من يده حتى مات، ووجدت في تركته، هل يحكم بها وهي عاملة، أم لا؟ قلت: قال ابن رشد: إذا لم يشهد الموصي على خطه، ولم يثبت للموصي له من يشهد له بأنه دفع الكتاب إليه، سقط الحكم بما تضمنه الخط المذكور؛ إذ قد يكون أراد أن يؤامر نفسه، ولم يقدم على إنفاذه، والرواية به عن مالك مسطورة (9)، قال البرزلي: قلت ما ذكر عن

مالك: هو ما رواه الباجي، وغيره، من كتب وصية بيده فوجدت في تركته، وعرف أنها خطه بشهادة

الرجوع عنها، وقيل الفرق بين العتق، وغيره، فيلزمه شرط عدم الرجوع في العتق، ولا يلزمه في غيره. انظر ابن عرفة.

قلت: وصية الموصي إذا أوصى أنه إن حدث به حدث الموت، إما أن تكون مطلقة، وإما أن تكون مقيدة بموته من مرضه هذا، أو سفره هذا، فإن قيدها فلا يخلو: إما أن يموت من مرضه، أو سفره، أو لا يموت منهما، فإن مات منهما فلا إشكال، ولا خلاف، وإن لم يموت من مرضه، أو سفره^١ الذي قيد بهما، فلا يخلو حالها: إما أن تكون بلفظ، أو بكتاب؛ فإن كانت بلفظ ومات من مرضه أو سفره نفدت أيضا من غير خلاف، وإن صح منهما، ومات بعدهما، بطلت أيضا من غير خلاف، وإن كانت بكتاب فلا يخلو: إما أن تكون مطلقة، أو مقيدة، فإن كانت مطلقة^٢ وأقر الكتاب عنده، أو على يد غيره حتى مات، فهي ماضية بغير خلاف، وإن قبضها من يد من جعلها على يده، فقال ابن شلبون(6): هي باطلة، وقال أبو محمد: لا تبطل، وترجح في ذلك قول أبي عمران، وقال ابن رشد: باتفاق، وإن كانت مقيدة؛ فإن جعلها في يد غيره فهي نافذة بلا خلاف، وإن أخذها من يد من جعلها في يده بطلت بغير خلاف، وإن لم يخرجها من يده، ومات من غير مرضه، أو من غير سفره ذلك، ففي المجموعة لمالك، وابن القاسم قولان: أحدهما جوازها، والثاني إبطالها، والقولان مستخرجان من المدونة(7)، وفيها قول ثالث عن مالك^٣ في المجموعة، رواه عنه أشهب، وابن القاسم، وعلي، وابن نافع أنها تنفذ إذا مات من مرض آخر، أو سفر آخر، وقاله أشهب. قال والاستحسان أن تنفذ وإن مات في غير مرض، وفي غير سفر.

فإن شهد رجل على نفسه بأن قال: ما يشهد به علي أبي من دين فأنفذوه، وهو مصدق، هل يقضى بشهادة أبيه بعد موته، سواء كان الأب عدلا، أو غير عدل، أو الفرق بين أن يكون عدلا، فيستحق المشهود له ما شهد له به مع يمينه، أو غير عدل فلا يقضى بشهادته؟ قلت: نقل البرزلي عن العتبي إن لم يكن عدلا، أو أبي المشهود له من اليمين، فلا شيء للمشهود له من الدين، إلا قدر نصيب الأب الشاهد، ونقل عن أصبغ في الواضحة يصدق الأب وإن لم يكن عدلا، زاد ابن يونس كقوله

^١ (هذا فإن قيدها ... من مرضه أو سفره) سقط ذلك من خ ١ .

^٢ سقط من ت ، خ ٢ قوله (فإن كانت مطلقة) .

^٣ سقط من ب قوله (عن مالك) .

نوع آخر في الوصايا وأنواعها

قلت: قال ابن خروف (١): الوصية عبارة عن كل قول يلقيه إنسان إلى آخر، ليعمل به، ومدلولها شرعا على كل ما يأمر به الإنسان أن يفعل بعد موته، وهي على أقسام. قال ابن خروف: مندوب إليه، ومكروه، وممنوع، وواجب، ومباح، فالمندوب ما فعله الأنبياء عليهم السلام، وفعله خاتمهم سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم حين أوصى بكتاب الله، وسنته (٢)، وأوصت به أم المؤمنين رضي الله عنها، وهو أن يشهد في أول وصيته، ويوصي من ترك من أهله بتقوى الله عز وجل، والمكروهة هي أن يوصي وماله يسير وورثته فقراء لا مال لهم، والممنوعة إن تعلق بها معصية، والواجبة الوصية بدين عليه يقضى بعده، والمباحة الوصية بالثلث فأقل لغير الوارث إذا ترك مالا، وهي في الأقارب أفضل.

قلت: وهي من أفضل القرب إلى الله عز وجل، وتجاوز من الصغير إذا كان ممن يميز القرب، ومن السفه، والمولى عليه، قال ابن رشد: لأنهم إنما حجر عليهم في مالهم مخافة الفقر، والوصية إنما تنفذ بعد الموت، في حال يؤمن عليه فيه الفقر^١، وتجاوز وصية المجنون في حالة إفاقته، قلت: وفي المدونة مثل ذلك، قال فيها: وتجاوز وصية المحجور عليه، والسفيه، والمصاب في حال إفاقته (٣). قلت: وهي من العقود الجائزة غير اللازمة؛ لأن للموصي أن يرجع عن وصيته كلها، أو عن بعضها، أو يفعل فيها في حياته ما أراد، إلا أن يكون تدبيراً (٤) فإنه لا رجوع له عنه؛ لا قولاً، ولا فعلاً، من غير خلاف في المذهب، وكذلك إن اشترط في وصيته أن لا رجوع له عنها، فليس له أن يرجع عنها على المشهور من المذهب، وبه أفتى أبو القاسم بن مشكان، والبرجيني (٥)، على ما حكاه عنهما البرزلي في أجوبته بكلام يطول ذكره، فمن أراد استيفاءه فليطالعه فيه.

قلت: فعلى هذا إن كانت معها وصية أخرى؛ فهل يحاص بها أهلها؟ أو لا يحاصون. فانظره؛ لأن منعه من الرجوع عن الكل كمنعه من الرجوع عن البعض، ولا يحاصون. فانظره، قلت: وقيل له

^١ (والوصية إنما ... فيه الفقر) سقط ذلك من ت.

الخماس يسيرا، فأجراه بعض المغاربة على مسألة اشتراط المساقي على العامل إصلاح نحو الغفيرة وأخواتها، وكان شيخنا الفقيه ينكر ذلك، ويقول الإصلاح هنا داخل في عمل المساواة، ومن منافعها، والاستبداد هناك ببعض الخراج من الشركة ليس بداخل فيها.

وأما ما يقع من شرط السلف في أصل العقد، فلا خلاف في منعه؛ لأن السلف ما قارن عقدا إلا أفسده، واختلف إذا تطوع به بعد العقد، هل يجوز؟ وهو مذهب سحنون، وظاهر المدونة أو يمنع؟ وهو أصل ابن القاسم في عدم لزوم الشركة بالعقد خلافا لسحنون، ثم قال: وسئل عن مسألة الخماس أبو علي القوري، فأجاب بأن قال: أما شركة الخماس فلا تجوز إلا إذا كانت بمعنى الشركة، وتكون قيمة عمله بقدر الجزء الذي له، ويكون له^١، وعليه، من جميع ما يتعلق بالشركة، بقدر جزئه، فذلك جائز، وله حينئذ حظه من كل ما يكون، والمستعمل منه اليوم بين الناس غالبا ما لا يجوز، لكونه آجر نفسه بشيء مجهول.

تنبيه آخر: في الذي يعطي الثور بجزء من الزرع لمن يحرق به، ولا يعطي^٢ زريعة، ولا كراء، هل يجوز ذلك، أم لا؟ قلت: قال البرزلي عن أبي علي المذكور: لا يجوز ذلك؛ لأنه بأجرة مجهولة، وإنما يجوز إذا كانت أجرته^٣ في الحرق بقدر جزء من الزرع، ويكون على صاحبه من مؤونة الزرع في الحصاد، وغيره بقدر الجزء الذي له، ثم قال: وفي كلام ابن الحاج ما يدل على التوسعة في ذلك. انتهى.

^١ سقط من ت قوله (عدم) .

^٢ سقط منت ، خ^٢ قوله (ويكون له) .

^٣ في ب (ولا يعلم) .

^٤ سقط من خ^٢ قوله (أجرته) .

تنبيهه: في شركة الخماس⁽⁹⁾، قلت: سئل عنها ابن شعيب⁽¹⁰⁾ فأجاب عنها على ما نقله عنه البرزلي: إذا استؤجر بجزء مسمى، مما يخرج من الزرع، فهي إجارة مجهولة، لا تجوز، والإجارة بيع من البيوع، يحلها ما يحل البيع، ويحرمها ما يحرم البيع، وحقيقتها بيع منافع إلى مدة، والبيع يرجع إلى بيع منافع على جهة التأبيد، وكما لا يجوز بيع الزرع قبل أن يخلق، فكذلك لا تجوز الإجارة به، ولا فرق إلا وقوع أحدهما ثمنا، والآخر مثمونا، وليس من باب الشركة؛ لأن الشركة تستدعي الاشتراك في الأصول التي هي مستندة^١ للإباحة، وكان ذكر له في السؤال أن شركة الخماس على وجه صحيح متعذرة، وعدم المساعد^٢ لها، فقال عليه لا ينتهز^٣ عذرا من جهة الفساد فيه، وفي أمثاله، لإهمال جملة الشريعة، ولو أنهم تعرضوا لفسخ عقود ذوي الفساد عند عثورهم عليها، لما استمروا على فسادهم، فإن حاجة الضعيف إلى القوي أشد، وإهمال الشريعة لا ينتهز عذرا في إباحة المحذور، وارتكاب الكبيرة؛ لأنها سبب التخفيف برفع التكليف عن الجاني، ثم قال: ووقعت هذه المسألة بالقيروان قديما، وحديثا، فكان شيخنا أبو محمد الشيببي⁽¹¹⁾ رحمه الله يحكي عن الرماح⁽¹²⁾ أنه إذا استبد الخماس بشيء زائد، غير داخل في الشركة، مثل الثوب، والطعام، ونحوه، أن في المسألة قولين بالجواز، والمنع، ولا يفتي بالجواز، ويجريها على مسألة الشركة، هل يشترط فيها الاعتدال، أم لا؟ وفي ذلك أربعة أقوال، حكاها ابن رشد، رابعها قوله القياس على^٤ القول بتغليب الإجارة عليها، ولزومها بالعقد، جواز التفاضل بكل حال، ثم أباح ذلك شيخنا المذكور، ورخصه، وعمل به، واشتهر العمل به عندهم جدا، فلما قلدت الفتوى بالقيروان، منعتهم على طريق ابن شعيب، وأشياخنا بتونس، فضج عند ذلك الضعفاء، وربما سمعت أنهم دعوا على من منع ذلك^٥، وكان الشيخ قد أجازه لضرورة الزمان لذلك.

وأما فساد الخماسة بقطر تونس، فسمعت أنهم يشترطون على الخماس أنه لا يأخذ نصيبه من التبن، وأنه يخدم شريكه في حيوانه، وهذا لا يتخرج سؤاله إلا على ما ذكرناه، إلا أن يكون ما يغتفره

^١ في ت (مستمرة) .

^٢ في ب (متعدد عدم المساعد) وفي خ ٢ ، س (متعذر عدم المساعد) وفي ت (متعذر لعدم المساعد) .

^٣ في خ ٢ ، س (لا ينتهز) .

^٤ (قوله القياس على) سقط ذلك من ب .

^٥ (الضعفاء ... منع ذلك) سقط ذلك من ت .

قلت: هذه البذور التي لا تواد إلا للزريعة إذا بيعت^١ حملت على أنها لا تباع إلا للزريعة، وإن لم يكن شرطاً، وإن كان البائع عالماً أنها لا تنبت رد جميع الثمن، قلت: وكذلك الثور في زمن الحراثة إذا لم يحرق، وقال البائع لم أشتري أنه حراث، حمل على الحراثة، حتى يشترط البائع أنه ليس بحراث، وكذلك البقرة في زمن اللبن إذا قال البائع لم أبعها للبن، ولا شرط علي.

قلت: فإن ادعى رب الأرض المزارعة، وادعى العامل الكراء، فالعامل مصدق مع يمينه، ولا يصدق إذا قال دفعت الكراء، قاله ابن حبيب، وإن ادعى العامل المزارعة، ورب الأرض الكراء، فالقول قول رب الأرض مع يمينه، روى ذلك حسين بن عاصم عن ابن القاسم، وإن ادعى العامل أن الزريعة كلها من عنده، أسلف لرب الأرض نصفها، وأكذبه رب الأرض، وقال دفعت نصفي، قال ابن حبيب: القول قول العامل مع يمينه إن أشبه، وإلا فالقول قول رب الأرض إن أشبه، فإن لم يشبه ما قال واحد منهما، قدرت الأرض على ما تحمل من البذر، وإن قال رب الأرض: لم أقبض من الزرع شيئاً، وقال العامل: أقبضته، قال ابن عبد الرفيح: إن كان ذلك في إبان الأندلس (٨)، أو بحدثنان انقضائه، كان القول قول رب الأرض، وإن كان ذلك بعد صدق العامل مع يمينه.

قلت: فإن اكترى أرضاً، وزرع التي تليها غلطا، فإنه يحلف أنه غلط، وعليه لربها كراء المثل، قاله أصبغ، وخالفه سحنون.

قلت: وضابط الحكم في المزارعة، وما يجوز منها، وما لا يجوز، قال عياض في وجوه المزارعة: هي على ثلاثة وجوه: وجه لا خلاف في جوازه؛ وهو الاشتراك في الأرض، والآلة، والعمل، والزريعة، ووجه لا خلاف في منعه؛ وهو اختصاص أحدهما بكون البذر من عنده دون الآخر، ومن عند الآخر الأرض التي لها قيمة، اشتركا في غير ذلك، أم لا، اختلفا فيما سوى ذلك، أو تساويا؛ لأنه كراء الأرض بما يخرج منها. خلاف ما ذهب إليه الداودي، ويجري كراء الأرض بالجزء، على مذهب الليث في الوجهين، وكلاهما خارج مذهب مالك، وما عدا هذين الوجهين مختلف فيه، كيفما قدرته، إذا استقرأت أقاويل أصحاب مالك، ومسائلها، قلت: وقد نبه العلماء على صورها، وأكثرها، وأطنبوا، وكلها جارية على ضابط عياض فانظره.

^١ سقط من خ ٢ قوله (إذا بيعت) .

^٢ في ت (من كراء الأرض) .

زرعها الحاضر من غير قسم يكون بينهما، فإن رضي الغائب بذلك جاز، وإن كان زرعها لنفسه لم يجز أن يعطيه نصيبه من البذر ليكون الزرع بينهما. قلت: فإن غاب أحدهما قبل أن يزرعها، وزرع الحاضر نصفه، ونصف الغائب، كيف يكون حكمها؟ قلت: قال ابن عبد الرفيع: على الزارع كراؤها والزرع كله له.

فإن أعطى لصاحبه دراهم يشتري له بها ما يجب عليه من الزريعة، فزرع، ثم ادعى أنه لم يشتري زريعة، وإنما زرع من عنده، لم يكن الزرع بينهما، قلت: وقال ابن عبد الرفيع: روى سحنون عن ابن القاسم أن الزرع بينهما، ولا يصدق، قال: وإن صدقه كان مخيرا بين أن يعطيه المكيلة ويكون الزرع بينهما، أو يأخذ دنانيره، ولا شيء له، ويكون له كراء حصته من الأرض^١، ووقع ليحيى بن عمر أن هذا لا يجوز إذا صدقه، وليس له إلا دنانيره.

قلت: فإن أخرج البذر بينهما على السواء، وأخرج أحدهما الأرض، والآخر العمل، فضيع العامل، ولم يزرع من غير عذر، ولا قحط، ولا غير ذلك حتى ذهب الإبان ما يلزمه بسبب ذلك؟ قلت: قال ابن عبد الرفيع: عليه لرب الأرض نصف كرائها نقدا.

قلت: فإن أخرج أحدهما قمحا، والآخر شعيرا، وتساويا في القيم جاز عند سحنون، ولم يجز عند ابن حبيب، واتفقا على المنع إذا أخرج هذا قمحا، وهذا شعيرا، وهذا فولا.

فإذا وقعت الشركة، وخلطتا الزريعة، وزرعها، فلا إشكال، وإن زرع كل واحد زريعته على حدة، فأجاز ذلك ابن القاسم، ومنعه سحنون، وقال: لا شركة بينهما، ويأخذ كل واحد منهما ما أنبت^٢ بذره، فعلى قول ابن القاسم إذا أنبت بذر أحدهما، ولم ينبت بذر الآخر؛ فإن غره ببذره، وعلم أنه لا ينبت، فعليه لصاحبه مثل نصف بذره، والزرع بينهما، ولا عوض له في بذره، وإن لم يغر، ولا علم، فيكون على الذي نبت بذره أن يغرم للآخر مثل نصف بذره على أنه لا ينبت، ويأخذ منه مثل نصف بذره مما نبت، وعلى قول سحنون لا إشكال، ولا تراجع.

^١ (قلت فإن غاب ... كيف يكون حكمها) سقط ذلك من خ ٢ .

^٢ (قلت فإن غاب أحدهما ... أن الزرع بينهما) سقط ذلك من ت .

^٣ في ب (من الثمن) .

^٤ في ب (ما أنبت) كما سقط منها قوله (بذره) .

وخالف قول ابن القاسم في أول سماعه من الاستحقاق أنه يكون له فيما بنى في أرض شريكه قيمة بنائه، منقوضا، ثم قال: فمرة رأى الشركة بينهما في الأرض شبهة، توجب أن يكون الزرع نزارعه، وإن لم يفت إبان الحراثة، ومرة لم ير ذلك شبهة، ثم قال: وقول عيسى المتقدم خلاف روايته عن ابن القاسم (6).

فصل: في المتنازعين يتداعيان، تقول: قال فلان بن فلان الفلاني: إنه اشترك مع فلان بن فلان الفلاني في حراثة شتوية، عام تاريخه، بأن أخرج البقر، والأرض بينهما مكتراة من ربها، وتساويا في آلات الحراثة، والعمل بينهما على التساوي، وكذلك جميع وجوهها من نقل الزرع، وحصاده، ودرسه، حتى يصير حبا مصفى، وطلب من فلان المذكور الشروع في العمل في ذلك، فحضر فلان المذكور، وقرئ عليه المقال المذكور، وسئل منه ما عنده فيه، أجاب بأن أنكر ذلك، فحكمها أن يكلف المدعي البينة على دعواه، فإن قال: لي بينة تشهد بذلك، إلا أنها ليست بحاضرة، أجل فيها على ما تقدم، فإن أحضرها أعذر فيها للمدعي عليه، فإن سلم المدفع فيها، أو ادعاه، وعجز، وجبت اليمين عليه حينئذ، يحلفها، ويبرأ، فإن نكل عنها، وقلبها على المدعي فحلفها حكم بمضمن دعواه، وإن نكل عنها فلا شيء له.

فقه: المزارعة (7) لازمة بالعقد كالكراء، والبيع، وهو قول ابن كنانة، وسحنون، وابن الماجشون، وقيل: إنها لا تلزم^١ بالعقد، للمدونة، وقيل: إنها لا تلزم إلا بالعمل، كالشركة في العين، قال ابن رشد رحمه الله: وبه جرت الفتيا بالأندلس، وهو على قياس قول علي بن زياد عن مالك في أن الجاعل يلزمه الجعل بشروع المجعول له في العمل، هذا إذا كان التداعي قبل العمل، وأما إذا كان التداعي بعد العمل، وكانت الأرض لكل واحد منهما، وهي مستوية في الجودة جاز ذلك. فإن اشتركا في الحراثة فحرثا بعض الأرض، ثم غاب أحدهما، وخاف الآخر قوات المزارعة فزرع الباقي ببذره من عنده، ما حكمها؟ قلت: قال ابن عبد الرفيع: الزرع كله نزارعه، وعليه كراء نصف الأرض محروثة، ولا ينفعه أن يحضر رجلا فيقسمها بحضرتهم، ويزرع نصفه، ويلزمه نصف الكراء فيما زرعه منها، إلا أن يكون ذلك بأمر السلطان، رواه أبو يزيد عن ابن القاسم. قال ابن المواز: فإن

^١ في ب، خ (إلها تلزم) بإسقاط (لا).

^٢ في ب (فيما بينهما).

ومنها إذا قال الرجل اشترى لي سلعة كذا، وكذا، وأنا فيها شريكك، فاشترأها المأمور، ثم أشرك فيها رجلاً آخر بعد الشراء، وقبل أن يقبض الأمر ما حكمها؟ قلت: إن قامت بينة بالأمر، أو بإقرار المأمور بذلك قبل أن يشرك الثاني، وقامت بينة للمشارك بالاشترائك، فللمشارك نصف نصيب الذي أشركه، وهو الربع، هذا هو المشهور في المذهب، وقيل إن للمشارك جميع حظ الذي أشركه، والقولان في المدونة، الأول في كتاب المراجعة منها، والثاني في كتاب العتق منها^(٤)، وإن قامت بينة بالأمر والتزامه لم يقبل قول المأمور بأنه أشرك فيها غيره، وإن قامت بينة للمشارك، فإن قال أشركتك، ولم يسم الجزء الذي أشركه فيه، ثم باعها المشتري بنقصان عن الثمن الذي اشتراها به، وقال الذي أشرك: إنما أشركتني على الربع، أو السدس، وإن باعها بزيادة على الثمن الذي اشتراها به^(٥)، كيف يكون حكمها في الوجهين؟ قلت: قال مالك في رسم سن رسول الله صلى الله عليه وسلم من سمع ابن القاسم من الشركة: إذا كان النقصان، فالقول قول الذي أشرك، وعليه اليمين، وذلك أن الذي أشركه مدعى عليه، وإذا كانت الزيادة، فالقول قول الذي أشركه، وعليه اليمين، وذلك أن الذي أشركه مدع، قال القاضي: يحلفان على نياتهما، فإن لم تكن لهما نية، ولم يدعيها كانت السلعة بينهما نصفين^(٥).

فإن كانت أرض شركة بين رجلين، فتعدى أحدهما على الأرض، وزرع جميعها، ثم قدم الذي لم يزرع، وطلب نصف أرضه، كيف حكمها؟ قلت: طالب الأرض لا يخلو؛ إما أن يكون في إبان الحرث، أو بعده، فإن كان بعد الإبان فلا سبيل لرب الأرض القادم إليها، وإنما له الكراء خاصة، وإن كان في الإبان فظاهر ما في الدخيرة^(٥) من سمع ابن القاسم الإطلاق، من أن يكون في الإبان، أو غيره، أن الزرع لصاحب الزرع، وعليه نصف كراء الأرض، قال عيسى: حاضراً كان شريكه، أو غائباً، غير أن الشريك إذا كان حاضراً، يحلف بالله أنه ما كان تركه إياه رضا منه بذلك. قال القاضي: وهو خلاف قوله في نوازل سحنون أن البذر إذا لم ينبت أخذ نصيبه من الأرض،

^١ في خ ١ (المأمور) .

^٢ (والثاني ... منها) سقط ذلك من ب .

^٣ (وقال الذي أشرك ... اشتراها به) سقط ذلك من خ ٢ .

^٤ في ب، خ ٢ (مدع) .

^٥ في ب، ت (الأخيرة) .

^٦ سقط من خ ١ قوله (خلاف) .

وأما شركة الدمم فلم يجرها مالك رحمه الله؛ لأنها شركة بغير مال، ولا صناعة، فكأن كل واحد منهما قال لصاحبه تحمل عني بنصف ما اشتريت، على أن أتحمّل عنك بنصف ما اشتريت، وذلك غرر، ومخاطرة.

ثم قال: واختلف فيما تنعقد به الشركة بين الشريكين، على قولين: أحدهما أنها تنعقد باللفظ وإن بقي ما أخرجه كل واحد منهما بيده، فكان ضمانه منه، وهو قول ابن القاسم، وروايته عن مالك في المدونة، وهي من العقود الجائزة، ولكل واحد منهما أن ينفصل متى شاء، ولا يلزمه البقاء معه على الشركة (3).

فصل: وأما الشركة بالعروض فقال ابن عبد الرفيح هي جائزة؛ كانت مما يكال، أو يوزن، أم لا، كانت صنفاً واحداً، أو أصنافاً، فإذا تقاوماها^١ قبل الشركة، فإن اعتدلت كانت القيمة فيها رأس المال، ولا ينظر إلى ما يبيع به، قلت: فإن كان عند أحدهما عين، والآخر عرض، جازت، قال ابن عبد الرفيح: وكذلك تجوز بطعام، وغير طعام، وعرض، وذلك كله على التساوي في القيم. قلت: ويجوز للشريكين في المال أن يفرقاه في التجرة في حانوتين، أو بلدين، يجهز هذا على هذا، وإن اختلف متجرهما، مثل أن يكون هذا بزاز، وهذا عطار، قال ابن عبد الرفيح: ولكل واحد منهما أن ينفق من مال الشركة، وتكون نفقته ملغاة، سواء اتفقت الأسعار، أو اختلفت، أو يكون لأحدهما ولد، وعيال، والآخر منفرداً إلا أن تزيد نفقة أحدهما على الآخر زيادة فاحشة، فلصاحبه أن يحاسبه بالزيادة، قلت: ومن أقر منهما بدين في التجارة لزم صاحبه، قال ابن عبد الرفيح: إن كان الإقرار لأجنبي لا يتهم عليه. قال بعض المتأخرين: معنى هذا ما دام^٢ شريكين، وإن أقر بعد افتراقهما لزم المقر في حصته، ولا يلزم صاحبه إقراره بالدين، قاله ابن القاسم، وروى عنه عيسى مثله.

فصل: في مسائل مختلفة من الشركة، فمنها إذا قال رجل لرجل اشترى من فلان كذا وأنقده ثمنه عني، وعنك، وأنا شريك لك فيه، ثم فعل المأمور ما أمره به، هل يلزم الأمر ذلك، أم لا؟ قلت: يلزمه ما أمر به. وقال ابن رشد: والمأمور قد فعل مع الأمر معروفين الشركة، والنقد عنه.

^١ في ب (تقاوماها).

^٢ في خ (ما إذا ما).

نوع آخر في الشركة

قال ابن رشد: الشركة^١ للربح والكسب ابتغاء الارتفاق تنقسم على ثلاثة أقسام: شركة الأموال،

وشركة الأبدان، وشركة الوجوه، وهي شركة الدم.

فأما شركة الأموال فهي جائزة عند جميع الأمة، من الكتاب، والسنة، وهي تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

شركة مفاوضة، وشركة مضاربة، وشركة عنان، فأما شركة المفاوضة، فهي أن يجوز فعل كل واحد

منهما على صاحبه، وأن يستويا في جميع ما يستفيدانه، وسميت مفاوضة لاستوائيهما في الربح

والضمان، وأما شركة المضاربة، فهي أن يدفع الرجل إلى الرجل مالا يتجر فيه، ويكون الربح فيه

بينهما، وهذا هو القراض، وأما شركة العنان، فهي شركة في شيء خاص اشتركا فيه، وهي جائزة

عند جميع الناس (١).

وأما شركة الأبدان فأجازها مالك، وأصحابه، في الصانع، وغيرهم، إذا كان العمل واحدا، وتعاونوا

فيه، ولم يفترقوا في المواضع، وأجاز أشهب عن مالك افتراق الصانعين الشريكين في حانوتين، إذا

كان العمل واحدا، وأجاز ابن حبيب افتراق^٢ الأكرياء في المواضع، والأبدان، إذا كانت الدواب

شركة بينهم، قال ابن رشد: وليس قوله عندي بخلاف لابن القاسم، وذهب سحنون إلى أن

الصانعين إذا اشتركا لا يضمن أحدهما ما يقبل^٣ الآخر من المتاع، إلا أن يجتمعا على أخذه (٢).

قلت: فإن أعطى رجل رجلا دابته ليحطب عليها، أو يحش عليها، وما أشبه ذلك، على أن يكون ما

يجتمع بينهما نصفين، هل يجوز ذلك، أم لا؟ قلت: فرق فيها أبو الحسن الزرويلي في أجوبته بين

أن يقول اعمل على دابتي وبع ولك نصف ما تبيع به، أو يقول نصف عملي في مقابلة نصف عمل

دابتي، فأجازه في الثاني ومنعه في الأول.

^١ سقط من ب قوله (الشركة) .

^٢ سقط من ب قوله (افتراق) .

^٣ في ت (ما يعمل) .

ووقع في كتاب ابن الجلاب أنه لرب الحائط، يفعل فيه ما شاء، وإن سكتا عنه حتى زرعه العامل لنفسه، فهو له، زاد ابن نافع وعليه كراؤه. قلت: فإن كان البياض إلى ناحية، وكان تبعا للثلث فأدنى، قال ابن عبد الرفيح: إلغاؤه أحب إلى مالك، ويجوز أن يكون على تجزئة المساقاة، ويكون البذر من عند العامل، فإن اختلفت تجزئته مع تجزئة السقاء في الثمرة، لم يجز عند ابن القاسم^١، واختلف فيه عند أصبغ، فإن شرط أنه على حكم جزء السقي في الثمرة إلا أن البذر من عند رب الأرض، أو من عندهما، لم يجز، ورد العامل إلى أجره مثله. قاله مالك.

فصل: والمساقاة الفاسدة الواقعة على غير الوجه الذي سوغه الشرع تفسخ، ما لم تفت بالعمل، ويرد الحائط إلى ربه، واختلف إذا فاتت بالعمل ماذا يجب للعامل فيها بحق عمله على أربعة أقوال: أحدها أنه يرد إلى أجره مثله، قال ابن رشد: وهو على قياس قول عبد العزيز في القراض الفاسد، الثاني أنه يرد إلى مساقاة مثله، وعليه قال يأتي قول أصبغ وهو على أصل ابن الماجشون، وروايته عن مالك، وقول أشهب في القراض الفاسد، الثالث يرد في بعض الوجوه إلى أجره المثل، وفي بعضها إلى مساقات المثل، وهو مذهب ابن القاسم، مثال ما يرجع عنده إلى أجره المثل إذا أعطاه حائطا على أن يزيد صاحب الحائط للمساقي دنانير، أو دراهم من عنده، ومثال ما يرجع فيه عنده إلى مساقاة المثل إذا أعطاه حائطه على النصف، وآخر على الثلث، ثم قال ابن رشد: فما يرد فيه العامل إلى أجره مثله يفسخ متى ما عثر عليه، قبل العمل، وبعده، ويكون له في الذي عمل إن عمل شيئا أجره مثله، وما يرد فيه إلى مساقاة مثله إنما يفسخ ما لم يفت بالعمل، فإذا فات بالعمل لم تفسخ المساقاة فيه، وكان له في باقي الأعوام مساقاة مثله(9).

^١ في خ (ولا يجوز) .

^٢ (فإن اختلفت ... عند ابن القاسم) سقط ذلك من خ ٢ .

فصل: فإن وقع نزاع بين رب حائط، وبين رجل ادعى عليه أنه أخذ منه حائطه مساقاة. قلت:

قال فلان بن فلان الفلاني: إنه عقد مع فلان بن فلان الفلاني المساقاة، في جميع جنته التي بموضع كذا، وكذا، وحدها كذا، وكذا، وتتصل بكذا، وكذا، المدة من عام واحد، أوله كذا، وآخره آخر الجذاذ، على أن يتولى سقيه، وحرثه، وزيره، وشد زربه، ودفع السائبة عنه، وسد مساقطه، وما أفاء الله عز وجل من الجنة من الثمرة، يكون منها للعامل العشر، والتسعة الأعشار لربها، وأن الزكاة إن وجبت عليهما تكون بينهما على قدر الأنصاء المذكورة، وطلب من العامل أن يقبض الجنة المذكورة، ويتولى عملها الذي شرط عليه، فحضر فلان المدعى عليه، وقرأ عليه المقال المذكور، وسئل منه ما عنده فيه، فاجاب بأن أنكر ما نسب إليه المدعي المذكور. حكمها أن يكلف المدعي البينة على دعواه، فإن أتى بها، وقبلت، أعذر فيها للعامل، فإن لم يدفع فيها، أو دفع، وعجز، لزمته المساقاة، وإن دفع فيها، وأسقطها، وجبت على المدعى عليه اليمين، وله قلبها ليحلفها رب الجنة، فإن حلفها ثبتت له على المدعى عليه المساقاة، وإن نكل عنها بطلت دعواه. وهذا على القول المشهور، المعمول به، الذي قدمناه عن ابن رشد في المقدمات.

ما يتعلق بإصلاح الثمرة: وما يتعلق بإصلاح الثمرة على ضريين: ضرب منه يتعلق بانقطاعها، ولا يبقى بعدها إلا الشيء اليسير، وضرب يتأبد ويبقى أثره، فأما ما ينقطع بانقطاعها، أو يبقى منه الشيء اليسير، فهذا الذي يلزم المساقى، ويجب له به العوض، وذلك مثل الحفر، والسقي، وزبير الكرم، وتقليم الشجر وإصلاح مواضع السقي، والتذكير، والجذاذ، وما أشبه ذلك، وأما ما يتأبد، ويبقى بعد الثمرة، مثل إنشاء غفيرة للماء، وإنشاء غرس، أو بناء بيت تجنى فيه الثمرة، وما أشبه ذلك، فلا يلزم العامل ولا يجوز اشتراطه عليه عند عقد المساقاة (7).

تنبيه: إذا وقع العقد بين رب الحائط، ومساقى في مساقاة حائط، ولم يعين ما على العامل من العمل. ما يلزمه من عمل الحائط؟ قلت: ينظر إلى عرف تلك البلدة في المساقاة، فيحملان عليه؛ لأن العرف كالشرط.

فصل: فإن كان في الجنان المساقى بياض (8)، وسكتا عنه في عقد المساقاة، وتشاحا فيه بعد ذلك، ما حكمه؟ قلت: قال ابن عبد الرقيق: قال ابن حبيب، ومحمد: الذي عند مالك أنه للعامل،

نوع آخر في المساقات

المساقات عمل الحائط على جزء من ثمرته (1)، وهي مأخوذة من السقي؛ لأن السقي جل عمل الحائط، وهو يصلح ثمرها وينميها، قال مولانا جل وعز [وَفِي الْأَرْضِ قِطْعٌ مُتَجَاوِرَاتٌ وَجَنَّاتٌ مِنْ أَعْنَابٍ وَزَرْعٌ وَنَخِيلٌ صِنْوَانٍ وَغَيْرِ صِنْوَانٍ يُسْقَى بِمَاءٍ وَاحِدٍ وَنُفِضَتْ بِعُضْءٍ عَلَى بَعْضٍ فِي الْأُكُلِ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ] (2) وساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم يهود خيبر، يوم افتتحها، في النخل على أن لهم نصف الثمرة (3).

قال ابن رشد: وهي جائزة عند مالك رحمه الله، وجميع أصحابه (4)، وهي مستثناة من الأصول الممنوعة^١، للضرورة إليها، وهي أصل في نفسها، ولا تنعقد إلا بلفظها، وهي من العقود اللازمة، وقيل إنها تنعقد، وتلزم بالشروع في العمل، وتكون في النخل، والأشجار بشرط بلوغها الإطعام، وأن يكون عقدها قبل أن يحل بيع ثمرتها، وفي الزرع، والمقائي بشرط أن يعجز عنها ربها على المشهور من المذهب، وكذلك القطاني: كالفول، والجلبان، والقرع، والبطيخ، وقصب السكر، والفجل، والجزر، واللفت، لا تساقى أيضا إلا بعد عجز ربها عنها (5)، قال ابن رشد: وتجوز على ما اتفقا عليه من الأجزاء ولا يجوز فيها أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دنائير، ولا دراهم، ولا شيئا من الأشياء، إلا ما استخف من اشتراط اليسير على العامل من العمل الذي لا يلزمه، مثل سد الحظيرة، وإصلاح الغفيرة وهي مجتمع الماء (6).

قال البرزلي: وشروط صحتها ثمانية: الأول منها أنها لا تصح إلا في أصل مثمر، أو ما في معناه من ذوات الثمار، والأوراق المنتفع بها كالورد، الثاني أن تكون قبل طيب الثمرة، مدة معلومة، ما لم يطل جدا، الثالث أن تكون بلفظ المساقاة، الرابع أن تكون بجزء مشاع، مقدار، الخامس أن يكون العمل على العامل، السادس أن لا يشترط أحدهما من الثمرة، ولا من غيرها شيئا خاصا لنفسه، السابع أن لا يشترط العامل شيئا خارجا عن الثمرة، الثامن أن لا يبقى بعد الجذاذ ما له بال.

^١ سقط من ت، خ ٢ قوله (الممنوعة)

ساوى في هذه الرواية بين ثمار النخل، وغيرها من الثمار، مما يجوز فيه التفاضل، وما لا يجوز، إذا اختلفت الحاجة إليه، وهو خلاف مذهب ابن القاسم في المدونة، وروايته فيها، التي قال فيها: لا تجوز القسمة بالخرص مع اختلاف الحاجة إليها، إلا في العنب، والنخل(11)، قال ابن رشد: رواية العتبية أصح، وأظهر(12)، وقال ابن دبوس: في كتاب محمد كل ما يكال من الطعام، أو غيره، فلا يقسم تحريا، وما كان لا يمكن فيه إلا الوزن، جازت قسمته تحريا، مثل اللحم، والخبز، والحيتان، قال ابن القاسم: هذا في الشيء القليل، قال ابن حبيب: والفرق بينهما أن الكيل لا يتعذر، ولو بالأكف، بخلاف الوزن، وهذا فيما لا يجوز^١ فيه التفاضل من الطعام، والثمار.

فصل: في دعوى بعض الأشراء الغلط بعد القسمة، قلت: قال ابن دبوس: إن كانت القسمة بتراض، بلا سهم، وهم جائزوا الأمر(13) لم ينظر إلى دعواه تلك، وإن بان غلظه؛ لأنه كبيع التساوم، وإن كانت بعد التعديل، لم يقبل قوله إلا ببينة تشهد على ذلك، فإن شهدت^٢ البينة فسخت القسمة، حتى تعاد، ولا تعدل عن القسم الأول^٣.

فصل: في نصيب بعض الأشراء، يستحق أو يظهر فيه عيب بعد القسم، ما يكون حكمه؟ قلت: قال عبد العزيز ابن أبي سلمة في رسم الأقضية، من سماع يحيى: إن كانت القسمة بمراضاة، فهو عيب ينظر فيه، كما ينظر فيما وجد معيبا في البيوع، وذلك أنهم إذا تراضوا، فكأنما اشترى بعضهم من بعض، وإن كانت على سنة الاقتسام، يريد بالسهم، واستحق بعض ما في أيديهم، أو وجد به عيب، فإن القسم يعاد بينهم، قال القاضي: هذا التفصيل الذي فصل عبد العزيز يأتي على قياس القول بأن القسمة تميز حق، لا بيع(14).

^١ في خ ١ (فيما يجوز) بإسقاط (لا) .

^٢ سقط من ب قوله (فإن شهدت) .

^٣ في ت (ولا مقال لأهل القسم الأول) .

^٤ (فهو عيب ... إذا تراضوا) سقط ذلك من خ ٢ .

فصل: فإذا وقع تنازع بين وارثين، وادعى أحدهما أن القسمة وقعت بينهما بتلة(6)، وقال الآخر:

إنما كانت قسمة حراثة، ولم تقم لواحد منهما على دعواه بينة، قلت: قال الزرويلي في أجوبته:

ينظر في أيام التصرف بعد القسمة، فإن كانت مدة الحيازة(7) كان القول قول مدعي القسمة

الأبدية، وإن لم تكن مدة الحيازة، كان القول قول مدعي الشيع، وقال في موضع آخر: إن كان

مدعي الأبدية لم يزل يذكر ذلك في خلال المدة، كان القول قوله، وإلا كان القول قول الآخر،

قلت: وفي أجوبة ابن الحاج أن القول قول مدعي البتل، وعلى الآخر البينة، كمدعي البتل^١ في

البيع مع مدعي الخيار، والقول قول مدعي البتل.

فإن اختلفوا بعد مضي أعوام في حدود القسمة، هل تفسخ القسمة لأجل ذلك، أم لا؟ قلت: قال

ابن رشد في رسم البراءة، من سماع عيسى: القول قول كل واحد فيما هو بيده؛ لأنهم تقاروا على

القسمة(8).

فصل: في قسم الثمار، قلت: قال ابن دبوس: اختلف في قسم الثمار بالخرص(9)، فروى أشهب

عن مالك أنه قال: لا بأس بقسم جميع الثمار بالخرص، من نخل، وعنب، وتين، وغير ذلك، إن

وجد من يحسن ذلك، وقال ابن عبدوس: إن الثمر لم يجز قسمه، وقال في الواضحة: كل ما لا

يجوز فيه التفاضل من الطعام، فلا يقسم بالتحري^٢، إلا كيلا، أو وزنا، فيما يوزن، أو عددا، فيما يعد،

إلا مدخر الثمار إذا بدا صلاحه، واختلفت الحاجة فيه، فيقسم بالخرص، قاله مالك، وأصحابه، إلا

ابن القاسم، فلم يجره إلا في النخل، والعنب، وقال ابن الماجشون: أجاز أصحابنا قسم الثمار التي

يستعجلها أهلها بالخرص، من التمر، والعنب، التي تخرص، وكره مالك قسم الثمار الكثيرة؛ جدا

لأنه مما لا ينال تعجيله كله، ولا تختلف فيه الحاجة، إلا في الشيء الخفيف، اليسير، وقال ابن رشد

في رسم البيوع، من سماع ابن القاسم: قال ابن القاسم: قال مالك: لا بأس بقسم الشيء اليسير من

الثمار؛ من النخل، والعنب، والتين، والثمار كلها، في رؤوس الشجر بالخرص، إذا وجد من يعرف

ذلك، وإنما يجوز ذلك إذا طابت، وحل بيعها، إذا كان أحدهم يريد أكلها رطباً، أو بيعها، والآخر

يريد أن يأكله تمراً، أو يبيعه تمراً، فإذا اختلفا هكذا، قال: لا أرى به بأساً(10)، قال القاضي عياض:

^١ (وعلى الآخر ... البتل) سقط ذلك من خ ٢ .

^٢ في ب (بل بالتحري) .

قسمها في محل يجوز قسمها، فيقوم أهل البصر بذلك كل شجرة مع أرضها، بعد أن يسألوا أهل الخبرة، والمعرفة، عما عرف من حمل كل شجرة، قال ابن دبوس: فرب شجرة لها منظر، ولا ثمرة لها، وأخرى يكثر حملها، ولا منظر لها، فإذا تم تقويم ذلك جمعت القيم، وقسمت على قدر الأنصباء، فإذا علم ما يجب منها للسهم الواحد، ضرب بالسهم على أي الطرفين، فإذا عرف الطرف الذي يبدأ منه، كتبت أسماء الأشراف في بطاقات، ثم تجعل تلك البطاقات في كم رجل أمين بعد خلطها، ثم يخرج من تلك البطاقات الأول سهم، فينظر كم لصاحب ذلك السهم، فيقال مثلا عشرة، فيعطى له من أشجار تلك الناحية بقدر العشرة، فإن بقي له أقل من قيمة شجرة، كان له من تلك الشجرة بقدر تلك البقية، يكون بها شريكا في تلك الشجرة، ثم يفعل بالثاني، والثالث كذلك، حتى يتم الحائط، وتتم السهام، فهذه قسمة القرعة التي يجبر عليها الشركاء.

وأما قسم الأرضين قلت: الأرض التي يطلب الشركاء قسمها، إما أن تكون سقيا كلها، أو بعلا كلها، أو بعضها سقيا، وبعضها بعلا، فإن كانت كلها سقيا، فلا يخلو حال سقياها؛ إما أن تكون تسقى كلها بالعيون، أو بالآبار، أو بالسواقي، وبعد آبارها، أو سواقيها، أو عيونها، متحدًا، أو بعضها بالعيون، وبعضها بالآبار، وبعضها بالسواقي، أو بعضها سقيا، وبعضها بعلا، فيجوز قسمها بالقرعة في القسم الأول، ولو كان بعضها أكرم من بعض، إن كانت في نمط واحد، قاله أشهب، وسحنون، وخالفهم ابن القاسم، ولا يجوز في القسمين الآخرين إلا بتراض بين الشركاء من غير قرعة، قال عياض: لا يجتمع في القسمة قرعة مع تراض.

وأما قسمة المراعاة بعد التقويم، والتعديل، فلا يجبر عليها من أباه، وتجوز فيما اتفقت أجناسه، وفيما اختلفت، ولا يقام فيها بالغبن، كما لا يقام بالعيب^١ على مشهور المذهب.

وأما قسمة المراعاة دون تقويم، ولا تعديل، فتكون في المتفق، وفي المختلف، كما في القسم الذي قبله، قال بعض الشيوخ: لا خلاف فيها أنها من البيوع، واختلف في القسمين المتقدمين، هل هما تمييز حق؟ أو هما بيع من البيوع؟ فنص مالك في المدونة أنه بيع، وذهب سحنون إلى أنهما تمييز حق(5).

^١ في ب، ت، س (لا يقام في البيوع).

قلت: وكيفية قسمها إذا كان لأحدهم النصف، والآخر الثلث، والآخر السدس، قسمت الدار على اقلهم سهما بعد تقويم البنيان بقاعته، وما يليه من ساحة الدار، بعد أن يجعل لكل جهة طريقها، قال ابن دبوس: طريقا من باب الدار إلى أقصى بيوتها، فإذا عرفت القيمة لما عدا الطريق، كتب أهل كل سهم في بطاقة، ثم تجعل البطاقات في كم رجل مأمون، ويخرج منها بطاقتين ترمى بطاقة على هذا الطرف^١، والأخرى على الطرف الآخر^٢، فمن خرج سهمه في ناحية أخذه، وضم إليه تمام ميراثه، ثم يفعل بباقي البطاقات كذلك، حتى تتم البطاقات، قال ابن دبوس: قال ابن القاسم، وأشهب: إذا كانت الدار بين رجلين يأخذ هذا طائفة، وهذا طائفة، على أن لأحدهما الطريق على صاحبه، وملك الطريق لمن صارت إليه^٣، لا بأس به، قال سحنون: إنما هذا في التراضي بغير سهم، وإنما يضرب بالسهم بعد رفع الطريق، قلت: ما قاله سحنون بين: لأن القرعة إنما جبر عليها الشركاء لرفع الضرر، وأي ضرر أعظم من جواز هذا على هذا، وهذا على هذا، فلذلك قال سحنون: إنما هذا في التراضي.

وأما قسم الجنات، وأشجارها بالقرعة، قال ابن رشد: ما جاز في قسم الأرضين جاز في قسم الحوائط، وما لم يجز في الأرضين لم يجز في الحوائط، فإذا كانت الحوائط^٤ في موضع واحد، وكانت قريبة بعضها من بعض، مع استوائها في القرب من الحاضرة التي تعمر منها، قسمت قسما واحدا بالسهم، وإن كان بعضها أقرب إلى^٥ الحاضرة بيسير، تخرج في ذلك عندي على اختلافهم في جواز قسم الأرضين بالسهم، إذا كان بعضها أكرم وأطيب من بعض، وحد اليسير الميل، ونحوه، وقيل الميلان، ونحو ذلك، وكذلك يختلف أيضا في جواز قسمتها بالسهم إذا بعد بعضها من بعض، وهي على حد واحد في القرب من الحاضرة، إلا أن الأغراض تختلف في ذلك، فتقسم قسما واحدا على ما في المدونة في الدارين إذا استوت في البنيان، وإن تباعدت في المواضع، ويأتي على ما في سماع أشهب في مسألة الدور أنها لا تقسم قسما واحدا إلا على التراضي(4)، فإن أردت

^١ في خ ١ (الطريق) .

^٢ في خ ١ (الطريق الآخر) .

^٣ سقط من ت، خ ١، خ ٢ قوله (لمن صارت إليه)

^٤ (وما لم يجز ... الحوائط) سقط ذلك من خ ٢ .

^٥ (من الحاضرة ... أقرب إلى) سقط ذلك من خ ٢ .

نوع آخر في القسمة

قلت : الأصل فيها القرآن، والسنة، فمن القرآن قوله تعالى: [وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ ... الآية] (١)، ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام: (أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية^١، وأيما دار أدركها الإسلام لم تقسم، فهي على قسم الإسلام) (٢) قلت: قال ابن رشد: فالقسمة تكون في شيئين: أحدهما رقاب الأموال، والثاني منافعتها، فأما قسمة الرقاب، فإنها تكون على ثلاثة أوجه: قسمة قرعة بعد تقويم، وتعديل، وقسمة مراضاة بعد تعديل، وتقويم^٣، وقسمة مراضاة بغير تقويم، ولا تعديل، ولكل وجه من هذه الوجوه الثلاثة أحكام تختص بها، دون ما سواها.

فأما قسمة القرعة بعد التعديل، والتقويم، فهي القسمة التي يوجبها الحكم، ويجبر عليها من أباهما، فيما ينقسم، ولا تصح إلا فيما تماثل، أو تجانس من الأصول، والحيوان، والعروض، لا فيما يختلف، وتباين من ذلك، ولا في شيء من المكيل، والموزون، ولا يجمع فيها حظ اثنين في القسم، ويجب القيام فيها بالغبن، إذا ثبت؛ لأن كل واحد منهما دخل على قيمة مقدرة، وذرع معلوم، فإذا وجد نقصا من ذلك، وجب له الرجوع به (٣)، فأما الدور إذا كانت ببلدة واحدة، فلا يخلو حالها: إما أن تكون في موضع واحد، وهي متساوية في الجودة والرداءة أو مختلفة فيهما، فإن كانت في موضع واحد، وتساوت، قسمتها بالقرعة بعد التقويم، والتعديل، وإن كان بعضها أعمر من بعض، وهي في نمط واحد فقال ابن دبوس في نقله عن سحنون: لا تجمع في القسم، وقال في نقله عن أشهب: تجمع كالأرضين على ما يأتي بيانه فيها، وقال سحنون في كتاب ابنه: إذا كانت الدور في موضع واحد، وبناء بعضها أجود من بعض، جمعت في القسم، وقال ابن الماجشون: إذا اشتبهت الدور في بنيانها، وتقاربت في أماكنها، جمعت في القسم، قال: وليس للقرب حد، وحده ابن رشد في الأرض بأن قال القرب الميل، ونحوه وقيل: الميلان، ونحو ذلك.

^١ سقط من ت ، خ ١ ، خ ٢ قوله (فهي على قسم الجاهلية) .

^٢ سقط من ب قوله (وقسمة مراضاة بعد تعديل وتقويم)

^٣ سقط من ب قوله (إلا) .

به المقامرة بالحمام، وبالنرد، إن كان مدمنا عليهما، وإن لم يقامر، لم تجرح شهادته^١، ورواه أشهب، وابن القاسم عن مالك، وقال ابن عبد الحكم في الالعاب بالشرنج: إذا كان يكثر ذلك حتى يشغله عن الصلاة في الجماعة لم تجز شهادته، ومما يجرح شهادته أيضا إذا كان آخذا في علم التنجيم، وهو يدعي القضاء، وكذلك الكاهن، وكذلك من يقطع الدنانير، والدراهم، قال ابن المواز: إلا أن يعذر بجهل، وقال عنه العتبي: لا تقبل شهادته، وإن كان جاهلا، وكذلك من استحلف أباه، وإن كان جاهلا، وكذلك قال محمد ابن عبد الحكم، من سمع صوت العيدان، وحضرها، وإن لم يكن معه نبيذ مسكر لم تجز شهادته إلا أن يحضرها في عرس، أو صنيع، فلا أبلغ فيه طرح شهادته، إن لم يكن معه نبيذ مسكر، وكذلك من كان يبيع المزامير، والعيدان، لم تجز شهادته، وكذلك من يقبل جوائز العمال المضروب على أيديهم(38)، لا تجوز شهادته، وكذلك المدمن على الأكل عندهم، وكذلك من لا يقيم صلبه في الركوع، والسجود، لا تجوز شهادته إذا فعل ذلك من غير عذر، ولا سهو في فريضة، ولا نافلة.

^١ سقط من خ ٢ قوله (لم تجرح شهادته) .

فصل: في التزكية، وحقيقة المزكي، والمزكى، ولفظ التزكية، فأما المزكي فقال ابن دبوس: قال

ابن كنانة: لا تقبل تزكية الأبله من الناس، ولا تقبل تزكية من يرى تعديل كل مسلم، وقال

سحنون: ليس كل من تجوز شهادته تجوز تزكيته، ولا يجوز في التزكية إلا المبرز، الناقد، الفطن،

الذي لا يخدع في عقله، ولا يستنزل في رأيه، ثم قال: وروى مطرف عن مالك أنه قال: قد تجوز

شهادة الرجل، ولا يجوز تعديله، فلا يقبل التعديل إلا من العارف بوجهه، وقاله ابن الماجشون،

وابن عبد الحكم، وأصبغ، وأما المزكى فلا يزكيه حتى يصحبه المزكى، ويعرف ظاهره، وباطنه،

وقال سحنون: لا ينبغي للمزكى أن يزكي المزكى حتى يعرفه بالصحة الطويلة، والمعاملة،

والأخذ، والعطاء، في السفر، والحضر، قال ابن العطار: وهذه الأحوال التي تنكشف بها السرائر،

وأما لفظ التزكية، قال ابن دبوس: قال مالك: لا تجوز التزكية حتى يقول: عدل رضي، وأراه

عدلا، قال سحنون: ولا يجوز أن يقول هو صالح، وقال الأبهري: كل لفظ يعبر به عن العدل،

والرضى، فإنه يجزي؛ لأنه به ورد القرآن، فقال [وأشهدوا ذوي عدل منكم] (36) وقال [ممن

ترضون من الشهداء] (37)، وقال ابن كنانة: التعديل أن يقول أعرفه، أو أعلمه عدلا رضا، جائز

الشهادة، ولا يقبل منه إذا قال: لا أعلمه إلا عدلا رضا.

فصل: في التجريح، ووجوهه، قلت: التجريح يصح في وجهين: أحدهما أن يعرف القاضي

جرحته، فإذا علمها لم تجز شهادته، وإن عدل عنده، قال أصبغ: وهذا إذا علم الجرحه وقت

الشهادة، أو بقرب ذلك، وأما إن طال الزمان، فهذا بمنزلة من جهل حاله، إذا عدل عنده قبل

شهادته؛ لأنه قد يتحول إلى الخير، والثاني أن يشهد بذلك عنده، وبمن يثبت، قلت: قال ابن

دبوس: قال مطرف: يجرح الشاهد بمن فوقه، ومثله، ودونه، بالإسفاف والعداوة إذا كان المجرح

عدلا، عارفا بوجوه التجريح، وقال ابن الماجشون: يجرح بمن هو فوقه، ومثله، ولا يجرح بمن هو

دونه، إلا بالعداوة، والهجرة، وأما بالإسفاف فلا، وقال أشهب: إذا كان الشهود ممن يجرح مثلهم،

وإنما يقبلون بالتعديل، لا بالتبريز في العدالة، وحسن أن يقول له القاضي: قد زكوا أفعندك ما تدفع

به شهادتهم، وأما المبرزون، فلا يدعه القاضي لتجريحهم، وقاله مالك، وقال ابن وهب عن مالك: لا

يقبل تجريح واحد، وقال مطرف، وابن الماجشون: يجرح بالواحد، كما يعدل بالواحد، ومما يجرح

فإن أمر رجل عبده، أو وكيله بقضاء دين عليه، ففعل، ووجد القابض، فأقام عليه شاهداً، هل يحلف العبد، أو الوكيل، أو الأمر، أم لا؟ قلت: قال ابن دبوس: قال مالك: يحلف العبد، أو الوكيل، عبداً كان، أو حراً، مسلماً كان، أو نصرانياً، قال ابن القاسم: لأنه للوكيل شهيد، فإن نكل الوكيل عن اليمين غرم بعد يمين المطلوب، قاله محمد؛ لأنه ضيع إذ لم يشهد شاهدين، وأما إن نكل العبد فيحلف السيد، وكذلك إذا كان الوكيل عديماً، أو ميتاً.

فإن مات رجل بالمغرب، وأهله بالمدينة، فشهد أهل المغرب على السماع في ولاية، هل يقضى بشهادتهم في المال، والنسب، أم في المال خاصة؟ قلت: قال ابن دبوس: روي عن مالك أنه يقضى بهذه الشهادة في المال، بعد يمينه، ولا يثبت له بها ولاء، وبه أخذ أصبغ، وقاله ابن القاسم، وخالف أشهب في ذلك، وقال: له الولاء، والمال.

فصل: في شهادة النساء، وما يجوز منها، وما لا يجوز، وضابط ما تجوز فيه شهادتهن، قلت: قال ابن دبوس: قال سحنون: أصل قول مالك، وأصحابه أن كل ما جاز فيه شاهد، ويمين، جازت فيه شهادة النساء، وما لا يجوز فيه شاهد، ويمين، لا تجوز فيه شهادة النساء، وكل ما لا يطلع عليه الرجال؛ من الحيض، والولادة، والاستهلال، وشبه ذلك، فشهادتهن في ذلك جائزة، قال سحنون: ولا يجوز في ذلك أقل من امرأتين، وقال مكحول(33): تجوز شهادتهن في الحيضة، والعدة، والسقط، وقال سحنون: إنما تجوز شهادتهن على الاستهلال(34) إذا بقي جسد الصبي حتى رآه العدول ميتاً، ثم قال: وأرى أن ينظرن إلى عيوب المرأة الحرة التي في فرجها، ثم قال: وإذا ادعى الزوج أنه وجد امرأته رتقاء، أو بها داء في فرجها، فأصحابنا يرون أنها مصدقة، وأنا أرى أن ينظر إليها النساء، قلت: وقال الشيخ الجزولي(35): العيوب على قسمين: عيب في الفرج، وعيب تحت الثوب، فعيوب الفرج؛ إما أن تكون في الحرائر، أو في الإماء، فإن كانت في الحرائر، فإن النساء ينظرن إليها، وقيل: لا ينظرن إليها، ولا يكشف الحرائر عن مثل هذا، وإن كان العيب تحت الثوب، فإنه ينظر إليه النساء، وقيل: تلبس المرأة الثوب، ويعرف موضع ذلك، ويشق عليه، وينظر إليه الرجال، وإن كانت في الأمة؛ فإن كانت في الفرج نظر إليها النساء، وإن كانت في غيره نظر إليها الرجال.

إلى المال، قلت: وفي أقضية المدونة اليمين فيما هو أضعف من هذا، أن القاضي إذا عزل، أو مات، وقد شهد شهود عنده، وأثبت ذلك في ديوانه، قال فيها: وللطالب أن يحلف المطلوب أن هذه الشهادة التي في ديوان القاضي ما شهد بها على أحد، فإن نكل حلف الطالب^١، وثبتت الشهادة(26)، قلت: ويؤيد ذلك أيضا ما في نكاحها الثاني(27) في الزوجين إذا اختلفا في فريضة القاضي، قال الشيوخ: عليها اليمين^٢، فإن كانت تستحق المرأة القضاء باليمين مع النكول وجب أن تستحقه باليمين مع الشاهد(28)، قلت: ويؤيده أيضا ما وقع لابن رشد في سماع عيسى، من رسم جاع، من كتاب الشهادات قال فيه: فالظاهر من مذهبه في المدونة أن حكم الحاكم يستحق باليمين مع الشاهد، بخلاف الشهادة على الشهادة، قال: وهو مذهب مطرف وأصبغ(29)، خلافا لما نقله ابن الحاجب عن ابن القاسم، قال فيه: وأما الشهادة على القضاء بمال، فالمشهور لا يمضي، قلت: ونزلت هذه المسألة في عام ستة وثمانين وثمانمائة، ووقع الحكم فيها بالأول(30).

فإن أوصى رجل لآخر بوصية، ولم يشهد على الوصية غير شاهد واحد، هل يحلف معه ويستحق، أم لا؟ قلت: قال مالك في سماع يحيى: يحلف الموصى له مع شهادة شاهده، ويستحق الوصية، قال ابن القاسم: فإن كان في الوصية عتق عبد بعينه، وحلف الموصى له، إنما يأخذ الباقي بعد العتق؛ لأن الوصية بالعتق مبدأة عليه، فإن كانت الوصية بحبس على غير معين، مثل أن يقول حبست هذا الملك على ولد زيد، وعقبه، وشهد بها شاهد واحد، هل يحلف من وجد منهم، ويصح الحبس، أم لا؟ قلت: قال ابن دبوس: قال محمد: الذي يقول به أصحابنا: إن كان الحبس مسبلا، أو مقبلا(31)، فلا تصح فيه اليمين؛ كما لو ذكر قبيلة، أو عددا لا يحصى، وروى لنا ابن الماجشون عن مالك إن حلف الجبل منهم، نفذ الحبس لمن حلف، ولغيرهم، ولغائبهم، ومولودهم، إذا ولد بعدهم، ومثله في المجموعة، وروى ابن وهب، ومطرف، وابن الماجشون عن مالك أنه قال: يحلف من أهل الحبس رجل واحد مع شهادة الشاهد، ويثبت الحبس له، ولجميع أهل الحبس، ولكل من يأتي ممن شرطت له من غائب، وصغي، وإن لم يحلف عليها غيره، وقاله أصبغ(32).

^١ في ب، س (المطلوب) وسقط من خ قوله (حلف الطالب).

^٢ سقط قوله (اليمين) من ب، خ، ١، ٢، س.

الصبي، وأبى أن يحلف، قال وهو بعيد، قلت: فإن نكل الغريم عن اليمين^١ أولاً وغرم، هل له أن يحلف الصبي إذا بلغ ورشد، أم لا؟ قلت: قال ابن رشد: لا خلاف أن الصبي لا يجب عليه يمين إذا بلغ؛ لأن نكوله كالإقرار(25).

فصل: في اليمين مع الشاهد في الأموال على القول المختار في ذلك، وهو القسم الثاني الذي قدمناه عن ابن رشد، قال ابن دبوس: قال محمد: إذا ادعى رجل على آخر حقاً، وأتى بشاهد واحد على حقه، فهو المبدأ باليمين، يحلف مع شهادة شاهده، ويستحق حقه، فإن نكل ردت اليمين على المنكر، فإن حلف برئ وإن نكل غرم.

قلت: فإن قامت بينة بحق لرجل على آخر، فأقام المشهود عليه شاهداً أن المشهود له أقر له بأن ما شهد به شهوده على فلان باطل، هل يحلف المشهود عليه مع شهادة الشاهد ويبرأ مما شهدت به عليه البينة، أم لا؟ قلت: قال ابن دبوس: يحلف معه ويبرأ، وإن نكل، وأبى أن يحلف، رجعت اليمين على صاحبه، فيحلف على تكذيبه الشاهد، ويأخذ ما ثبت له أولاً بالبينة. فإن شهد لرجل شاهد واحد، وامرأتان أنه وارث فلان الميت، هل يحلف، ويرث، أم لا؟ قلت: قال ابن دبوس: قال مالك: يستأني بمثل هذا، حتى يثبت، فإذا لم يجد غيره حلف، وأخذ المال، وقال أشهب: إنما يحلف في مثل هذا، ويأخذ المال إذا كان نسيبه من الميت قبل ذلك ثابتاً؛ لأنه إنما شهد له بمال، ولم يشهد له على نسب.

فإن شهد على كتاب قاض شاهد واحد، هل يحكم بكتابه بذلك الشاهد مع يمين الطالب به، أم لا؟ قلت: قال في كتاب محمد: لا يجوز في ذلك إلا الشاهدان، ورواه ابن وهب عن مالك في كتاب ابن سحنون، واختلف هل يحكم بحكم الحاكم إذا شهد عليه شاهد واحد، وحلف المشهود له بالحكم، أم لا؟ قلت: قال في كتاب محمد: لا يجوز في ذلك شاهد، ويمين، وقاله ابن الماجشون، وإن كان في مال، قال مطرف: يحلف مع شاهده، ويثبت له القضاء، قلت: وبقول مطرف أفتى الزرويلي في أجوبته، قال ابن عبد السلام في تعليقه: لأنه حق ليس بمال، ولا يؤول

^١ سقط من ت قوله (عن اليمين) .

وأصبح، وقال أشهب: يضمنان إذا رجعا، ولم يشهدا، واعتذرا بسهو، أو غلط، قال ابن عرفة: قال محمد: ولا يمين على المقضي له برجوع أحدهما، ولو كان قبل قبضه حقه، قلت: وفي استحقاق المدونة فيمن شهدت بينة بموته، فبيعت تركته، وتزوجت امرأته، قال ابن عرفة: وهو نص في النوادر، ثم قدم حيا، ثم يظهر ما يبطل به، مثل البينة تقوم بقتل رجل رجلا عمدا، أو خطأ، فيحكم بذلك، ثم يقدم المشهود بقتله حيا، وشبه ذلك مما يظهر فيه الكذب، أو يظهر المرجوم، قال ابن عرفة: فإن لم تأت البينة بما تعذر به من شبهة دخلت عليهم لذلك، كتعمدهم الزور، فيأخذ متاعه حيث وجده، وترد إليه زوجته، وله أخذ ما عتق من عبيده، أو كوتب، أو دبر، أو أمة اتخذت أم ولد، وقيمة ولدها من المبتاع، كالمغصوبة يجدها بيد مشتريها(24).

قلت: فإن قال رجل لرجل: شهدت علي بكذا، فقال له الشاهد: إن كنت شهدت عليك بذلك فأنا فيه مبطل، وكان قد شهد عليه بذلك، هل يعد ذلك رجوعا، أم لا؟ قلت: قال سحنون في نوازله: هذا رجوع إن كان على قوله بينة، وتبطل شهادته، ولا يثبت بها شيء إن كان ذلك قبل القضاء، وإن كان ذلك بعد القضاء ضمن ما استهلك من المال، ونقل ابن رشد فيها عن ابن حبيب عن الأخوين، وأصبح أن قوله هذا لا يضره في شهادته، وإن قامت عليه بينة، إلا أن يرجع عن شهادته رجوعا، ووجهه أن قوله ذلك يحتمل أن يكون اعتذارا، لا رجوعا، فلم يبطل الحكم بشهادته، إلا بيقين، ولو شهدت عليه البينة أنه قال ذلك ابتداء، دون أن يعاتب على شهادته، كان رجوعا عنها اتفاقا.

فصل: فيما يثبت بشاهد، ويمين، قلت: في صبي يكون له حق على شخص بشاهد واحد، والصبي ممن لا يحلف هل يحلف الغريم ويبرأ، أو يوقف الدين إلى بلوغ الصبي؟ ما حكمها؟ قلت: قال ابن رشد في رسم جاع، من سماع عيسى: يحلف الذي عليه الحق، ويبقى الغلام إلى بلوغه، فيقال له: احلف مع شاهدك، وخذ حقتك، فإن حلف أخذ حقه، وإن لم يحلف، وأراد أن يحلف الغريم ثانيا، يقال له: ليس لك ذلك، قال أصبح: لأنه قد برئ حين حلف، وهو برئ أبدا حتى يحلف الصبي، فيكون حلفه كالشاهد، قال ابن رشد: وقد قيل: إنه يحلف ثانية إذا بلغ

شهادة الشاهد في ذلك بترك رفع شهادته إلى السلطان، وإن كان المشهود عليه مستهترا باتفاق، وشهادة لا يجوز للشاهد القيام بها، وإن دعي إليها، وهي الشهادة التي يعلم الشاهد من باطنها خلاف ما يوجبها ظاهرها، وذلك مثل أن يأتي الرجل إلى العالم، فيقول حلفت بالطلاق أن لا أكلم فلانا، فكلمته بعد ذلك بشهر، إلا أنني كنت نويت^١ في يميني أن لا أكلمه شهرا، فهذا إن دعت امرأته إلى أن يشهد لها فيما أقر به عنده من أنه حلف بالطلاق فلا يشهد(22)، قلت: وقد تقدم القول في هذا القسم الأخير في شهادة المفتي. فانظره.

فصل: فإن رجع الشاهد بعد الحكم عن شهادته، وقبل إنفاذ المال، قلت: قال ابن حارث: إن رجع بعد الحكم^٢، وقبل قبض المال وجب للمحكوم له قبض المال باتفاق، وقال ابن عرفة: وفي سرقته إن رجعا بعد الحكم بدين ضميناه، ظاهره ولو قبل تنفيذه، وهو مقتضى نقل الصقلي عن الموازية إن رجعا بعد الحكم، فهرب المقضي عليه قبل أن يؤدي، فطلب المقضي له الشاهدين بما كانا يغرمان لغريمه لو غرم لم يلزمهما غرم حتى يغرم المقضي عليه، ولكن ينفذ القاضي الحكم للمقضي عليه على الراجعين بالغرم، هرب، أو لم يهرب، فإذا غرم أغرمهما، وكما لو شهدا بحق إلى سنة ثم رجعا، فلا غرم عليهما حتى يغرم هو، وقال محمد ابن عبد الحكم: للمقضي عليه أن يطلب الشاهدين بالمال حتى يدفعاه عنه للمقضي له به، ثم قال ابن عرفة عن محمد: لم يحفظ عن مالك في غرم الشهود جوابا إذا شهدوا بحق يحكم به، ثم رجعوا، ولكن قال ذلك أصحابه أجمع؛ والمدنيون، والمصريون، قال ابن القاسم: أخبرني من أثق به عن عبد العزيز ابن أبي سلمة(23) في رجوع أحد الشاهدين بعد الحكم، قال يغرم نصف الحق، ولا يرد الحكم، قال ابن القاسم: سألت عنه مالكا فقال: يمضي الحكم ولم يتكلم فيما وراء ذلك، وقال ابن القاسم، وأشهب، وابن عبد الحكم، وعبد الملك، وأصبغ: إنه يغرم نصف الحق، قال ابن القاسم: ولا شيء عليهما حتى يقرأ بتعمد الزور، ولو قال ذلك أحدهما، وقال الآخر وهمت، أو أشبه علي، أو قال كان قضاة المدين، ونسيت، فهذا لا يغرم، ويغرم الآخر نصف الحق، وكذلك قال عبد الملك، وابن عبد الحكم،

^١ سقط من ب قوله (نويت) .

^٢ (عن شهادته ... بعد الحكم) سقط ذلك من ب .

لأن بيئة التعريف لم تجزم أن المشهود عليه هو فلان حقيقة، والأخرى شهدت به حقيقة، فينبغي أن تكون شهادة بيئة المعرفة أعمل ولما هو معلوم من مسامحة الشهود في التعريف بالمشهود عليه
سمح الله لنا في ذلك.

قلت: فإن رأى الشاهد الشيء المشهود فيه يباع، ويحول عن حاله، ولم يشهد، ولا قام بشهادته ثم يقوم بها، ويشهد بها بعد ذلك، هل يحكم بها، أم لا؟

قلت: قال ابن رشد في رسم شهد على شهادة صبي من سماع عيسى: قال ابن القاسم: لم أر شهادته مقبولة إذا كان حاضرا يرى الدار تباع، وكذلك في الفروج، والحيوان، وغير ذلك، إذا كانت هذه الأشياء تحول عن حالها بعلمه، قال القاضي في قول ابن القاسم: لا أرى شهادته مقبولة: معناه إذا كان المشهود له حاضرا، لم يعلم بشهادة الشاهد؛ لأنه إن كان حاضرا، عالما بشهادة الشاهد، فهو الذي أضع ماله؛ إذ لم يقم بحقه، فيدعو الشاهد إلى تأدية الشهادة؛ إذ لا اختلاف في أنه لا يلزم الشاهد أن يقوم بشهادته للحاضر في مال، حتى يدعوه إلى ذلك؛ قال الله تعالى [وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا] (21)، وإنما يلزمه إذا رأى المال يفوت، ويحول عن حاله، أن يعلمه بأن له عنده شهادة، فإن لم يفعل كان ذلك جرحا في شهادته، ثم قال ابن رشد: الشهادة تنقسم إلى خمسة أقسام: شهادة لا يصح القيام بها إلا بعد أن يدعى إليها، وهي الشهادة للحاضر بالمال، فهذه الشهادة تبطل شهادة الشاهد فيها على هذه الرواية، بترك إعلامه المشهود له لا بترك رفعه شهادته إلى السلطان، وشهادة يلزم الشاهد القيام بها وإن لم يدع إليها، وهي الشهادة بما يستدام فيه التحريم من الطلاق، والعق، وشبه ذلك، فهذه تبطل شهادة الشاهد فيها بترك رفع شهادته إلى السلطان، إلا على ظاهر قول أشهب، وشهادة يختلفون في وجوب القيام بها، وفي صحتها إذا لم يدع إليها، وهي الشهادة بالمال للغائب، فهذه الشهادة في بطلان شهادة الشاهد فيها بترك الرفع إلى السلطان على القول بوجوب الرفع، وصحته، قولان، وشهادة لا يلزم القيام بها إذا لم يدع إليها، وهي الشهادة على ما مضى من الحدود التي لا يتعلق بها حق لمخلوق، كالزنا، وشرب الخمر، وما أشبه ذلك، فهذا لا يلزم فيه القيام، ويستحب فيه الستر إلا في المستهتر، فلا تبطل

^١ (على هذه الرواية ... شهادة الشاهد فيها) سقط ذلك من خ ١ .

لأنفسهم يسيرا لا يتهمون عليه، فشهادتهم جائزة في الجميع، لهم، ولنغيرهم، ولا يدخل في هذا الاختلاف الذي في الوصية، لموضع الضرورة في ذلك الموضع، ولموضع الضرورة وقع الخلاف المذكور. فانظرها هناك، وفي نوازل أصبغ من كتاب الشهادات (17).

فإن شهد شهود على شخص بإسقاط حق، وكانت الشهادة عليه بتعريف معرف عرف به، ثم شهدت بيئة أخرى^١ أن المشهود عليه لم يكن في ذلك الوقت في تلك البلدة التي شهد فيها الشهود عليه، أي الشهادتين أعمل^٢؟

قلت: قال ابن رشد في مسألة من هذا المعنى في نوازل سحنون من كتاب الشهادات في الذي يشهد بدم عمد على رجل، فجاء المشهود عليه بشهود يشهدون أنه كان في ذلك اليوم ببلد كذا، نائيا عن الموضع الذي قتل فيه فلان، قال: المشهور من المذهب ما قاله سحنون أن الشهادة عاملة على المشهود عليه بالدم، لا يبطلها عنه شهادة من شهد أنه كان ذلك اليوم في غير ذلك البلد، وقد ذهب اسماعيل القاضي، وغيره إلى أن الشهادة بذلك ساقطة، وهو قول ابن عبد الحكم، ثم قال: لو أن شاهدين شهدا على رجل أنه أقر عندهم بعرفات يوم عرفة من هذا العام بمائة دينار لفلان، وشهد آخران أنه كان عندهم^٣ بمصر في ذلك اليوم بعينه أن شهادة الذين شهدوا عليه بالمائة أحق وأولى، وقالوا: لأن هذين شهدا بحق، ولم يشهد الآخران بحق، ثم قال: ولست أعرف لهذا معنى، والذي أرى إن كان الشاهدان اللذان شهدا أنه كان بمصر في ذلك الوقت أعدل، لا يكون له شيء؛ ألا ترى لو أن رجلين شهدا على رجل بحق أقر به عندهما في سنة مائتين، وشهد شهود عدول أعدل منهما أنه مات قبل ذلك بشهر، أنها جرحه (18)، ولو كانت في العدالة سواء لطرحتها، وكذلك لو شهدا أنه ولد بعد المائتين، ولكلا الوجهين وجه، وحظ من النظر (19).

وقال ابن رشد في نوازل أصبغ: فيلزم إذا تساوت البيتان في العدالة أن تسقط البيتان جميعا، إلا أن تكون إحداهما أعدل من الأخرى، فيقضى بها (20). قلت: فمسألتنا من هذا المعنى، إلا أن شهادة إحداهما هي بتعريف، والأخرى هي بمعرفة، فينبغي أن لا ينظر فيها في أعدل البيتين؛

^١ سقط من خ قوله (بيئة أخرى) .

^٢ سقط من ب ، ت ، خ ، ١ ، خ قوله (أي الشهادتين أعمل)

^٣ (بعرفات ... كان عندهم) سقط ذلك من خ .

شهادة المختفي الذين يجيزون شهادة السماع، وهو قول ابن القاسم، وروايته عن مالك في المدونة، أن الشاهد يشهد على الرجل بما سمع منه من إقراره، وإن لم يشهده إذا استوعب كلامه، وهو قول أشهب، وسحنون، وعيسى، وعامة أصحاب مالك، وأكثر أهل العلم، فهؤلاء منهم من أجاز شهادة المختفي على الإطلاق، وأباح له الاختفاء لتحملها، وهو قول عمر، حكى ذلك البخاري، قال: وكذلك يفعل بالكذاب الفاجر، واحتج على جواز ذلك بحديث النبي صلى الله عليه وسلم في قضية ابن الصياد، أن سمع منه شيئاً قبل أن يراه، فأخبر ابن الصياد، فقام فقال النبي صلى الله عليه وسلم: (لو تركتموه لبين) (15)، ومنهم من لم يجزها على الإطلاق، وإلى هذا ذهب سحنون، ومنهم من كره الاختفاء لتحملها، وهو ظاهر قول عيسى، خلافاً لقول ابن القاسم في تفرقه بين من يخشى أن يستخدع لضعفه، وجهله بما يقر به على نفسه، وبين من يؤمن منه ذلك لتباهته، ومعرفته بوجوه الإقرار على نفسه، ولو أنكر الضعيف الجاهل الإقرار جملة للزمته الشهادة به عليه، وإنما يصدق عنده مع يمينه، إذا قال إنما أقررت لوجه كذا مما يشبهه (16).

فإن سلب رجال سلبهم اللصوص، ونزعوا مالهم، ولم يجدوا من يشهد لهم على اللصوص غير أنفسهم، هل ينتفع بعضهم بشهادة بعض، أم لا؟ قلت: حصل ابن رشد في رسم الصبرة من سماع يحيى في هذه المسألة أربعة أقوال: أحدها أن شهادتهم عليهم جائزة بالسلب، والمال لأنفسهم، ولمن سواهم، فيقام الحد على السالبيين بشهادتهم، ويقضى بما شهدوا به من المال لهم، ولمن سواهم، وهو قول مطرف، وروايته عن مالك، والثاني أن شهادتهم لا تجوز في الحد، ولا في المال؛ لا لأنفسهم، ولا لمن سواهم، وهو قول أصبغ، والثالث أن شهادتهم تجوز في الحد، وفي المال لغيرهم، ولا تجوز لأنفسهم، فإن كان الشهود أربعة قضى للإثنين منهم بشهادة الإثنين، وللإثنين بشهادة الإثنين، وإن كانوا اثنين قضى لكل واحد منهما بشهادة صاحبه مع يمينه، وهو قول ابن القاسم، وروايته عن مالك في المدونة، والرابع أنه لا يجوز في ذلك أقل من أربعة شهود، وإنما تجوز شهادتهم في الحد، وفي أموال الرفقة، ولا تجوز في أموال الشهود، وهذا كله إنما هو إذا شهدوا فقالوا سلبونا، فأخذوا منا هذا المال، وهذا المتاع، والجارية لفلان، والدابة لفلان، والثوب لفلان، وكان الذي شهد به الشهود من ذلك لأنفسهم كثيراً، وأما إن كان الذي شهدوا به

فلانا استفتي فلانا في كذا، وكذا، فلا تقطع شهادتهما عليه على هذا الوجه ما يجب من تنويته في يمينه، وأما الذي يستفتي العالم فيذكر له من أمره ما يوجب عليه طلاقاً، أو عتقاً، أو حداً، أو حقاً لأحد من الناس فقال في رواية يحيى، إن العالم يلزمه أن يشهد عليه بما أقر به عنده إذا دعي إلي الشهادة عليه، وكذلك من حضره إذا سمع القصة كلها، واستوعبها، ولم يفته منها ما يخشى أن يكون فيه إبطال للشهادة، قال ابن رشد: فليس رواية يحيى بخلاف لرواية عيسى، بل هما مسألتان، مسألة عيسى لا يجوز له أن يشهد فيها باتفاق، ومسألة يحيى يلزمه أن يشهد فيها إذا سمع القصة، واستوعبها، وذلك على مذهب ابن القاسم في المدونة، وأحد قولي مالك فيها(12).

فإن سمع رجل رجلاً يقول لفلان على فلان كذا، وكذا، هل يشهد الرجل على ذلك، أم لا؟ قلت: قال عيسى عن ابن القاسم في سماعه: ما أحب أن يشهد، قيل له: فإن شهد أتقبل شهادته، قال لا، قال ابن رشد: هذا مما لا خلاف فيه، وهو مثل ما في المدونة، ثم قال: ولا يجوز لأحد أن يشهد على شهادة أحد بما سمع منه، دون أن يشهده، وإنما اختلف إذا سمعه يشهد غيره على شهادته فقليل: إنه يجوز له أن يشهد على شهادته إذا سمعه يشهد على شهادته بها^١، وقيل: لا يجوز له أن يشهد على شهادته حتى يشهده هو(13).

قلت: فإن وقف شاهدان على رسم فيه شهادة عدلين معروفين، ثم غاب الرسم، هل ينتفع طالبه بشهادة من وقف عليه، أم لا؟ قلت: قال البرزلي في أجوبته عن ابن عرفة عن ابن عبد السلام: لا عبرة بالوقوف على الرسم، ولا يحكم بذلك، وغير نافع، قلت: ومن هذا المعنى شهادة المختفي، قال فيها ابن رشد في رسم باع شاة، من سماع عيسى: إنها لا تجوز على القول بأن شهادة السماع لا تجوز^٢، وهي أن يشهد الشاهد على الرجل بما سمع من إقراره على نفسه، دون أن يشهده على نفسه به، وهو أحد قولي مالك في المدونة، وقول ابن أبي حازم(14)، وابن الماجشون، وروايته عن مالك في المدنية، ومثله لمالك في كتاب ابن المواز، قال: لا يشهد الرجل على الرجل بما سمع من إقراره على نفسه^٣، دون أن يشهده على ذلك، إلا أن يكون قاذفاً، وإنما اختلف في

^١ (فقل إنه يجوز ... على شهادته بها) سقط ذلك من ت، خ ٢.
^٢ (قال فيها ابن رشد ... شهادة السماع لا تجوز) سقط ذلك من خ ٢.
^٣ (دون أن يشهده ... من إقراره على نفسه) سقط ذلك من ت.

يقول ذلك على وجه التبكيك، ففي ذلك ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يلزمه ما شهد به عليه^١؛ كان يحقق علم ما نازعه فيه خصمه من ذلك، أو لا يحقق، إلا أن يحكم به عليه مع شاهد آخر، أو مع يمين المدعي، قلت: يريد إن كان عدلا، ثم قال: وهو قول ابن القاسم، وابن الماجشون، وأصبغ، وعيسى، والثاني أن يلزمه ما شهد به عليه، كان يحقق علم ما نازعه فيه خصمه من ذلك، أو لا يحققه، ويؤخذ منه دون يمين المدعي، وهو قول مطرف، والثالث أنه يلزمه إن كان لا يحقق معرفة مانازعه فيه خصمه، ولا يلزمه إن كان يحقق معرفة ذلك، وهو قول ابن دينار، وابن كنانة، واختاره سحنون، وقال في آخر نوازله: وسواء كان الشاهد في هذا كله عدلا، أو مسخوطا، أو نصرانيا، وقد قيل: لا يلزمه الرضا بشهادة النصراني، بخلاف المسخوط، ثم قال: فإن لم يتعين من صورة اجتماعهما التبكيك من غيره، فهو محمول على التبكيك، حتى يتبين منه الرضا بقوله، والتزام الحكم به على نفسه، فيما نازعه فيه، من حدود أرض، أو دين على أبيه، وما أشبه ذلك، فإن لم يتبين فهو محمول على غير التبكيك حتى يتبين منه التبكيك، ولا خلاف في أن له أن يرجع عن الرضا بقوله في جميع الوجوه قبل أن يشهد، وذلك بخلاف الرضا بالتحكيم، فليس ذلك له^٢ في الوجهين (١٠)، وفي كتاب ابن بطال (١١) قال القاضي محمد بن بشير في خصمين تراضيا على شهادة رجل: يلزمهما ذلك في مثل حدود الأرض، وما أشبه ذلك.

فإن استفتى رجل المفتي في مسألة قصها عليه من أولها إلى آخرها، وذهب عنه فسمع صاحبه بذلك، وكان سؤاله يوجب حقا لصاحبه، فأتى ذلك صاحب إلى المفتي، وقال له: تشهد لي بما سمعت من فلان الذي سألك في قضية كذا، وكذا، فإن شهد له المفتي هل تنفعه شهادة المفتي، أم لا؟

قلت: قال ابن رشد في سماع عيسى: أما الذي استفتى العالم في أمر ينوي فيه إذا أتاه مستفتيا، ولا ينوي إذا حضرته البيعة، فلا اختلاف في أنه لا يجوز له، ولا لمن حضر استفتاءه إياه أن يشهد عليه أنه حلف بكذا، وكذا، فإن شهدا عليه بذلك، أو أحدهما بآء بالإثم، وكانا قد شهدا بوزور إذ لم يؤديا الشهادة على وجهها بأن يقول العالم استفتاني فلان في كذا، وكذا، ويقول الذي حضره: سمعت

^١ (وإن لم يقل ... ما شهد به عليه) سقط ذلك من ت .

^٢ سقط من ب ، ت ، خ ٢ ، س قوله (فليس ذلك له) .

بذلك، أم لا؟ قلت: قال سحنون في رسم قطع الشجرة، من سماع ابن القاسم: أرى هذا رجوعاً، وتسقط شهادته، إذا كان ذلك قبل القضاء، وإن كان بعده ضمن ما رجع عنه، وقال ابن حبيب عن مطرف، وابن الماجشون، وأشهب، وأصبغ: إن ذلك ليس برجوع، وإن كانت عليه بينة بذلك، إلا أن يرجع عنها رجوعاً بيناً (7).

فإن شهد بدوي على حضري، هل ينتفع المشهود له بتلك الشهادة، أم لا؟ قلت: قال ابن القاسم في رسم القبلة، من سماعه: أما في الحقوق فإني لا أراها جائزة؛ وذلك أن الناس لم يتركوا العدول؛ والذي يشهد بدويًا، ويترك جيرانه من أهل الحاضرة عندي مريب، وأما الجراح^١ فإني أرى إذا كان البدوي عدلاً، أن تجوز شهادته، قال ابن رشد: هذا فيما يقصد إلى شهادتهم، دون أهل الحاضرة فيما يقع في الحاضرة من المبايعات، والمناكحات، والهبات، وما أشبه ذلك؛ لأن القصد إلى شهادتهم دون أهل الحاضرة ريبة، فلا شهادة للبدوي في الحضر على حضري، ولا على بدوي لحضري، ولا لبدوي إلا في الجراح، والقتل، والزنا، وما أشبه ذلك مما لا يقصد إلى الإشهاد عليه، وتجاوز شهادتهم فيما يقع في البادية من ذلك كله، على الحضري، والبدوي للحضري، والبدوي، إذا كانوا عدولاً؛ إذ لا ريب في القصد إلى شهادتهم في البادية^٢، ثم قال: هذا تحصيل القول في هذه المسألة على معنى هذه الرواية^٣، ثم قال: ومن هذا المعنى شهادة العالم على العالم، وقع في المبسوط من قول عبد الله بن وهب أنه لا تجوز شهادة القارئ على القارئ، يعنى العلماء؛ لأنهم أشد الناس تحاسداً، وتباغضا (8)، وقاله سفيان الثوري، ومالك ابن دينار (9).

فإن قال رجل لآخر: لي قبلك كذا، فيقول المدعى عليه^٤: ليس لك قبلي شيء، فيقول المدعي: فلان يشهد لي بذلك، فيقول المدعى عليه: كل ما يشهد به علي فلان حق، فيأتي فلان المستشهد به فيشهد بما ادعاه المدعي، هل يحكم عليه بتلك الشهادة، أم لا؟ قلت: قال ابن رشد في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة، من سماع ابن القاسم: إن المدعى عليه إن قال ذلك على وجه التبكيت لصاحبه، والإبراء للشاهد عن الكذب، فلا اختلاف في أنه لا يلزمه ما شهد به عليه، وإن لم

^١ سقط من ب قوله (الجراح) .

^٢ (في القصد ... في البادية) سقط ذلك من خ ١ .

^٣ (ثم قال هذا ... هذه الرواية) سقط ذلك من خ ٢ .

^٤ (لي قبلك ... المدعى عليه) سقط ذلك من خ ١ .

فيشترط فيها خمسة أوصاف: البلوغ، والعقل، والحرية، والإسلام، والعدالة(5)، فإذا تقرر هذا، فالشهادة على مراتب أربع: أحدها شهادة توجب الشيء المشهود به، دون يمين، والثانية شهادة توجب الشيء المشهود به مع اليمين، والثالثة لا توجب الشيء المشهود به، إلا أنها توجب حكماً من الأحكام، والرابعة شهادة لا توجب شيئاً.

فأما الأولى، فهي على سبعة أقسام: أحدها أربعة شهود في الزنا، والثاني شاهدان فيما سوى ذلك^١، والثالث الشاهد والمرأتان في الأموال، والرابع شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه الرجال، والخامس شهادة السماع فيما جوز أهل العلم فيه شهادة السماع^٢، والسادس شهادة واحد فيما يبدأ الحكم فيه بالسؤال، وفيما كان علماً يؤديه، والسابع شهادة الصبيان فيما أجزت فيه شهادتهم. المرتبة الثانية، وهي الشهادة التي توجب الشيء مع اليمين فإنها على خمسة أقسام: أحدها شاهد عدل وامرأتان عدلتين في الأموال، الثاني شاهد غير عدل تجب القسامة به على رواية أشهب عن مالك، الثالث ما يقوم مقام الشاهدين من الرهن، وإرخاء الستر، ونكول المدعى عليه، ومعرفة العفاص، والوكاء، واليد مع مجرد الدعوى، ومع تكافؤ البينتين، وما أشبه ذلك، الرابع الشهادة بغالب الظن فيما^٣ لا سبيل فيه إلى القطع، الخامس الشهادة على السماع في الولاء، على مذهب ابن القاسم.

المرتبة الثالثة، وهي الشهادة التي توجب الحكم ولا توجب الحق فإنها على ثلاثة أقسام: أحدها شهادة الشهود غير العدول في استحقاق الشيء المعين؛ فإنها توجب توقيفه عند أصبغ، قلت: والعمل الآن جرى بالحكم بها، الثاني منها شهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين أنه سرق له مثل ما يدعي، أو شاهدين إذا جرحا على اختلاف بينهم في ذلك، الثالث منها شاهد عدل، أو امرأتان على الطلاق، والعق، فإنها توجب اليمين عند جميعهم، أولى من الأخرى(6).

فإذا شهد شاهد بحكم لرجل فلقية المشهود عليه، فقال له: بلغني أنك شهدت علي بكذا، وكذا، فقال له الشاهد: إن كنت شهدت بذلك، فأنا فيه مبطل، وكان قد شهد بذلك، هل تسقط شهادته

^١ (أقسام: أحدها ... سوى ذلك) سقط ذلك من خ ٢ .

^٢ (فيما جوز ... السماع) سقط ذلك من خ ١ .

^٣ سقط من ت قوله (فيما) .

نوع آخر في الشهادات

قلت: الأصل فيه من القرآن قوله تعالى: [وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا] (1)، وهذه الشهادة تكون في الدنيا، وفي الآخرة يوم القيامة، على ما أتت به الآثار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأما كونها في الدنيا، فبيانها ما روي عن سيد المرسلين صلى الله عليه وسلم أن جنازة مرت به، فقبل فيها خيرا، وتتابع الألسن بالخير، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (وجبت)، ومرت به جنازة أخرى، فقبل فيها شرا، وتتابع الألسن بالشر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (وجبت^١)، أنتم شهداء الله في أرضه، فمن أثنيتم عليه خيرا وجبت له الجنة، ومن أثنيتم عليه شرا وجبت له النار (2)، فهذه شهادة الدنيا، وأما كونها يوم القيامة فما روي في حديث الشفاعة، حين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (يدعى بنوح ... إلى آخر الحديث فيقولوا ربنا بعثت إلينا الرسل، وأنزلت علينا عهدك، وكتابك، فقصصت علينا أنهم قد بلغوا، فشهدنا بما عهدت إلينا، فيقول الرب: نعم صدقوا)، فذلك قوله تعالى [وكذلك جعلناكم أمة وسطا ... إلى آخر الآية] (3).

قال ابن رشد: وهذه شهادة صحيحة؛ لأنهم شهدوا بما علموا من أخبار من علموا صدقه بالأدلة الظاهرة، ثم قال: وكذلك كل من علم شيئا بوجه من الوجوه التي يقع بها العلم، وجبت عليه الشهادة به إذا دعي إليها، قال: والعلم يدرك بأربعة أشياء: وهي العقل بانفراد؛ فإنه يدرك به بعض العلوم الضرورية، مثل أن الاثنين أكثر من الواحد، والسماء فوقنا، والثاني العقل مع الحواس الخمسة، وهي السمع، والبصر، والشم، والذوق، واللمس، والثالث الأخبار المتواترة؛ فإنه يعلم بها أخبار البلدان النائية، والقرون السالفة الماضية، وظهور النبي صلى الله عليه وسلم، ودعائه إلى الإسلام، وما أشبه ذلك (4): فإذا تقرر هذا، فقال ابن رشد: اعلم أن للشاهد في شهادته حالين: حال تحمل، وحال أداء؛ فأما حال تحملها فليس من شرط الشاهد فيها إلا أن يكون ضابطا، مميزا، صغيرا كان، أو كبيرا، حرا كان، أو عبدا، مسلما كان، أو كافرا، عدلا كان، أو فاسقا، وأما حال أدائها

^١ (ومرت به جنازة أخرى ... وجبت) سقط ذلك من ب ، خ ٢ .

فإن كان الرهن في قرض، واشترط^١ المرتهن على الراهن بيعه دون أمر حاكم، هل يجوز ذلك، أم لا؟ قلت: قال ابن عبد الرفيح: قال ابن العطار: ذلك جائز، ومنعه ابن الفخار، وقال: هو سلف جر نفعاً.

^١ في ب (واشتراها) .

هذه موافقة لتلك، ثم قال: فإن لم يعرف ما تدعيه من الخوف^١ إلا من قولها، قال: حمل أمرها على ما يعلم من حالها معه^٢، في غلظ الحجاب، والشدة، والسطوة، فإن جهل ذلك كان القول قولها. فانظره (15).

فإن ارتهن رجل من آخر رهنا، وحازه بمعاينة البينة له، ثم اكتراه رجل أجنبي من المرتهن، وعقد له المرتهن الكراء، ثم اكتراه ربه من المكتري، هل يبطل حوزة لأجل اكتراء الراهن الرهن، وسكناه فيه، أو لا يبطل؟ قلت: قال المتيطي: إذا اكتراه من المرتهن من لا يتهم برده للراهن، ثم اكتراه من المكتري الراهن، لم يبطل حوزة لذلك الرهن، وكان المرتهن على حيازته، بخلاف إذا وضع الرهن على يد عدل، فأراد الذي وضع على يديه أن يساقيه صاحبه الذي هو له (16)، قال في العتبية: لا يكون له^٣، قيل أفيساقيه الذي له الدين من الذي وضع على يديه، قال: لا بأس بذلك (17). قال المتيطي: لأنه لو حازه من أول لجاز؛ لأن حيازته لنفسه أقوى من حيازة غيره. قال ابن رشد: إذا أكرأها الأجنبي إلى ربه الراهن، أن ذلك جائز، معناه أن الكراء يجوز، ولا يفسخ الرهن؛ لأن المرتهن مغلوب على ذلك بما لزمه من عقد الكراء للأجنبي، فأشبه ما لو سرقه الراهن، فلم يعلم المرتهن بذلك حتى قام الغرماء، فإن الرهن لا يفسخ بذلك (18).

فإن ضاع الرهن من يد المرتهن، ولم تقم على ضياعه بينة، ولزمت القيمة للمرتهن، وأمر بوصفه، فلم يصفه، ولم يصفه الراهن، وعميت القيمة بسبب ذلك، ما يكون الحكم فيها؟ قلت: قال المتيطي: قال أشهب في العتبية: ليس له شيء، يعني للراهن؛ لأنه لا شيء له، ولا للمرتهن، وأن الرهن بما فيه (19)، قال أصبغ: وذلك إذا عمي أمره؛ للحدِيث الذي جاء (الرهن بما فيه) (20)، وذلك إذا هلك الرهن، وعميت قيمته، وكذلك قال ابن القاسم، قال بعض الشيوخ: وهو مما لا اختلاف فيه في المذهب (21).

^١ سقط من خ ١ قوله (من الخوف).

^٢ سقط من خ ٢ قوله (على ما يعلم من حالها معه).

^٣ سقط من ب قوله (لا يكون له).

فإن أراد رب الرهن أن يرهن فضلة الرهن، ومنعه المرتهن من ذلك، هل له ذلك، أم لا؟ قلت: نقل ابن رشد في الثالثة من رسم الأفضية، أن فضلة الرهن التي رهنها ربه يبد مرتهن ثان إن علم بذلك المرتهن الأول، ورضي به، كانت رهنًا، وإلا فلا، قال: وهو المشهور من مذهب مالك في المدونة، وغيرها، وقال أشهب في الواضحة، وغيرها، وابن القاسم في المبسوط: تكون الفضلة رهنًا وإن لم يعلم المرتهن الأول بذلك، وقال أصبغ في رواية: إنها لا تكون رهنًا له إلا أن يعلم بذلك المرتهن الأول، ثم قال: وهذا إذا كان الرهن يبد المرتهن الأول^١، وأما إذا كان موضوعًا على يد عدل، فالاعتبار في ذلك إنما هو بعلمه، دون علم المرتهن صاحب الحق، واستدل رحمه الله على أن حوز المرتهن الأول، أو الأجنبي حوز للمرتهن الثاني بمسألة المدونة في العبد المخدم، أن قبض المخدم قبض للموهور له. فانظره (13).

فإن اختلف الراهن والمرتهن عند حلول الأجل في الرهن، فأخرج المرتهن ثوبًا يساوي مائة، وقال الراهن الذي رهنك يساوي ثلاثمائة، والعدد الذي جعل فيه الرهن قدره مائتان، وتصادقا عليها، القول قول من هو منهما؟ قلت: قال أصبغ في نوازل من الرهون: إذا تصادقا على عدد الدين الذي وضع فيه الرهن، كان القول قول الراهن؛ لأنه أشبه، فيحلف على صفة ثوبه، ويحاسبه بقيمته، ويسقط عنه قول المرتهن؛ لأنه قد تبين كذبه حين ادعى ما لا يشبه فانظر كلام القاضي عليها؛ لأنه اعترض تعليل أصبغ بدعوى الأشبه، وعلله بغيره (14).

فإن رهن رجل متاع امرأته، ثم أعلمها بذلك، وقال لها: أنا أفكه، فسكتت حتى مات الزوج^٢، ثم طلبته، هل يقبل منها ذلك، أم لا؟ قلت: قال ابن القاسم في رسم البيوع، من سماع أبي زيد: تحلف بالله ما رضيت، ولا كان سكوتي تركًا لذلك، وتأخذه حيث وجدته، ويتبع المرتهن مال الميت، قال أصبغ: وذلك إذا عرف أن الشيء شيؤها، وثبتت عليه بينة، قال القاضي: هذا مخالف لما تقدم في سماع عيسى؛ لأنه قال هناك: لا رجوع لها إذا طال ذلك بعد علمها، وقال بعضهم: إنما قال في هذه: إن لها أخذ شيئها؛ لأنها خشيتها أي خافت منه، فلها أن تأخذ حقها بعد يمينها، وتكون

^١ (ثم قال ... المرتهن الأول) سقط ذلك من خ ٢.

^٢ (ثم أعلمها ... الزوج) سقط ذلك من خ ٢.

اشتراه به، وإن تداولته الأملاك كان له أن يأخذه بأي الأثمان شاء، والثاني أن ذلك جائز في العروض إذا أصاب وجه البيع، ومردود في الأصول وإن أصاب وجه البيع، ما لم يفت بما يفوت به البيع الفاسد في العروض^١، وهو قول مالك الثاني، والثالث أن ذلك جائز في العروض إذا أصاب وجه البيع، ومردود في الأصول فاتت أو لم تفت، وهو قول أشهب؛ لأنه قال: إن فاتت كان بائعها ضامنا، قلت: وقد تقدم شيء من هذا المعنى في الوكالات، ثم قال ابن رشد: وهذا إنما هو إذا وقع التوكيل من الموكل للوكيل في أصل البيع، وأما لو طاع له بعد حصول البيع، وقبل حلول الأجل برهن، ووكله على بيعه عند حلول الأجل دون مؤامرة السلطان لجاز ذلك باتفاق؛ لأن ذلك كله معروف، قلت: وللموكل عزل الوكيل أيضا باتفاق. فانظره^(٩).

فإن طلب الراهن من المرتهن أن يبدله الرهن بغيره مما هو أغبط له، هل يمكن من ذلك، أم لا؟ قلت: قال مالك في رسم كتب عليه ذكر حق، من سماع ابن القاسم: ليس له ذلك إلا برضا صاحب الحق، قال ابن رشد: هذا لا إشكال فيه؛ لأنه قد تعين حقه في غير ذلك، فهو يقول: لا يخرج من يدي بعوض سواه، وإن كانت قيمته أكثر؛ لأنني أخشى أن يستحق ذلك العوض من يدي^(١٠). فإن تعدى الراهن على الرهن، وباعه بغير إذن المرتهن، هل يرد البيع، أم لا؟ قلت: قال ابن رشد في الرسم المذكور: قال مالك: يعطى المرتهن الثمن في حقه كله: حل الأجل، أو لم يحل، ويمضي عليه البيع، قال ابن رشد: هذا نص في أنه لا خيار له في أن يفسخ البيع، ومعناه إذا باعه بمثل حقه فأكثر؛ إذ لا منفعة له في نقض البيع، بل فيه ضرر عليه وعلى الراهن، وأما إن باعه بأقل من حقه فله أن ينقض البيع، ويبقى له رهنه بحاله؛ لأنه يقول: أنا أرجو أن ترتفع أسواقه إلى وقت بيعه عند حلول الأجل، أو ينمو إلى ذلك إن كان حيوانا، وما وقع في المدونة من قوله: أن البيع لا يجوز إلا أن يجيزه المرتهن معناه إذا باعه بأقل من حقه، أو كان الدين عرضا؛ إذ لا يلزمه قبض العرض^٢ قبل حلول أجله، إلا أن يكون من قرض، قال القاضي: (١١) فليس ما في المدونة بخلاف لهذه الرواية على ما تأولناه فيها، وخالف أشهب في ذلك. فانظره^(١٢).

^١ (إذا أصاب ... في العروض) سقط ذلك من خ ١.

^٢ (لأن ذلك كله ... فانظره) سقط ذلك من خ ٢.

^٣ سقط من خ ٢ قوله (قبض العرض).

وفي المدونة دليل على القولين جميعا، ولو لم يتعلق بذلك للغرماء حق لوجب أن يصدق الراهن، ويقبل إقراره له أنه حاز الرهن، فيكون إقراره له شاهداً على حقه، إلى مبلغ قيمته. ملخصاً من المقدمات (5). قلت: والقولان اللذان أشار إليهما ابن رشد في قوله: وفي المدونة دليل على القولين، أحدهما هو لعبد الملك الذي يقول ببطلان الحوز، والثاني لمطرف وأصبح اللذان يقولان بصحته.

قلت: فإن لم يتقاراً على القبض، وتقاراً على الرهن، فوجد الرهن بيد المرتهن، فادعى أنه قبضه قبل التفليس، لم يقبل قوله في ذلك. قال ابن رشد: باتفاق، إلا أن تكون له بينة على ذلك، ولا تنفعه البينة في الرهن إن قبضه وحازه قبل قيام الغرماء، حتى تشهد أنه قبضه، وحازه بأمر الراهن، وإذنه، قاله ابن رشد في تكلمه على المسألة الحادية عشر من رسم الرهون، من سماع عيسى (6). قلت: فإن اختلف الراهن، والمرتهن في ملازم (7) بيع الرهن إن احتاج المبيع لملازم؛ من سمسار، وغيره، وباعه المرتهن، على من تكون تلك الملازم؟ قلت: قال ابن رشد في سماع عيسى: الجعل على الراهن، قاله عيسى. وقال ابن القاسم: الجعل على من طلب البيع، وصوب ابن رشد قول عيسى (8).

فإن جعل الراهن للمرتهن بيع الرهن، وصدقه فيه دون مشورة قاض، ولا غيره، هل له أن يبيع إذا حل الأجل، أم لا؟ قلت: قال ابن رشد في الأولى من رسم شك في طوافه، من سماع ابن القاسم من كتاب الرهون: اختلف في ذلك على قولين: أحدهما أن ذلك جائز، لازم، ليس له أن يفسخ وكالته، ولا يعزله عن بيعه؛ لما له في ذلك من الحق، وهو إسقاط العنى عنه في الرفع إلى السلطان إن ألد، وإسقاط الإثبات عنه إن أنكر، وكان غائباً، وهو قول إسماعيل القاضي، وابن العطار، وأبي محمد عبد الوهاب، والثاني أن ذلك لا يجوز ابتداءً، وله أن يعزله، واختلف على هذا القول إن باع قبل العزل على ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك جائز جملة، من غير تفصيل بين الأصول، والعروض، وهو قول مالك الأول الذي بلغ ابن القاسم، واختاره ابن القاسم، وذلك إذا أصاب وجه البيع، وأما إذا باع بأقل من القيمة، فيكون للراهن أن يأخذه من المشتري بالثمن الذي

^١ في س (هل هذا) .

^٢ سقط من ب قوله (جائز) .

نوع آخر في الرهن

قلت: الأصل فيه قوله عز وجل [وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ] (1) وجاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه اشترى من يهودي طعاما إلى أجل، ورهنه درعه (2). قال ابن رشد رحمه الله تعالى: لا أعلم أحدا من أهل العلم منع من الرهن في الحضر، وأجازه في السفر بظاهر، الآية غير مجاهد (3).

فإذا تقرر هذا، وتنازع الراهن والمرتهن في الحيابة قلت: قال فلان بن فلان الفلاني: إنه باع من فلان بن فلان الفلاني سلعة كذا بكذا، وكذا دينار من سكة كذا إلى أجل كذا، وقبض السلعة، ورهن المشتري بيد البائع المذكور جميع الدار التي بموضع كذا، وحدودها كذا، وقبضها المرتهن المذكور بمعاينة بينة سماها، وإن فلانا الراهن المذكور سكن الدار المذكورة بغير إذن المرتهن، فطلبه بالخروج منها إلى أن يحل الأجل، ويمكنه منها، أو يكون بينهما موجب الشرع، فحضر فلان المذكور، ووافق على جميع ذلك، عدا سكناه الدار المذكورة بغير إذن المرتهن بيده، فإنه ادعى أنه سكنها بإذنه، قلت: حكمها: على الراهن البينة، أو يمين المرتهن بيده، وله قلبها عند وجوبها، وتبقى في سكنى الراهن إلى تمام الأجل، فإن لم يرض بقلب اليمين حلف، وأخرجت من يد الراهن.

فإن لم يقيم المرتهن بيده حتى حل الأجل، وقام غيره من الغرماء على الراهن، كان المرتهن بيده أسوة الغرماء في قيمة الدار، إن لم يكن سواها يحاصه الغرماء بديونهم (4)، وكذلك الحكم إن وجبت عليه اليمين أنه ما أذن للراهن في سكنها، وحلف الراهن أنه سكنها بإذن المرتهن، وقام الغرماء خرجت من الرهن بمجرد الإذن، ولو لم يكن الراهن سكنها، وكان المرتهن أسوة الغرماء فإن قام الغرماء، وادعى المرتهن الحوز، وأثبتته ببينة، وادعى الغرماء عدم الحوز، وأنها ما زالت بيد الراهن، وفي سكنها، فبينة الحوز أعمل على قول أصبغ، وقيل فإن وجد الرهن بيد المرتهن بعد تفليس الراهن، فادعى المرتهن بيده أنه قبض قبل التفليس ووجد ذلك الغرماء، يجري الأمر على الاختلاف في الصدقة توجد بيد المتصدق عليه بعد موت المتصدق، فيدعي قبضها في صحته،

النافذة إذ لم تضر بالمارين فمباح جعلها، قلت: وأجاز سحنون في نقل ابن دبوس إباحة عمل الساباط على الإطلاق في السكة النافذة، وغيرها، وإنما يمنع من تضيق السكة، فأما ما لا ضرر فيه على السكة، ولا على أحد من الناس فلا يمنع.

قلت: ومن الضرر إذا كانت خربة بين ديار، وتشكى صاحب الدار المجاورة للخربة بأن الأزبال التي بالخربة تضر بجدارات داره، وطلب من صاحب الخربة طرح ما فيها من الأزبال، فقال صاحب الخربة الأزبال التي بها أهل الحومة طرحوها، وجهل الأمر في ذلك الزبل من طرحه، على من يكون طرحه؟ قلت: نقل البرزلي عن كتاب سحنون فيها قولين: الأول منهما^١ طرحه على صاحب الخربة، والثاني طرحه على الجيران، يؤخذ فيه الأقرب، فالأقرب، على الاجتهاد، قلت: وما أفتى به نص عليه ابن أبي زيد في النوادر^٢، قلت: ونقلها ابن يونس في آخر القسمة، ثم قال البرزلي: ومن هذا المعنى إذا دخلت بهيمة دار قوم، فماتت فيها، ففي أحكام أبي عمران أن إخراجها على من ماتت في داره، وأحفظ فيها في الطرر قولاً آخر، أن إخراجها على صاحبها، قال البرزلي: ونزلت بتونس فأفتى فيها العوفي (20) بالثاني، وكان ابن عرفة يأخذه من المدونة من رهونها، من مسألة العبد الرهن إذا مات، أن كفنه على الراهن.

قلت: ومن هذا المعنى إذا سقط حائط رجل في دار جاره، فهل يكلف ربه رفع ترابه، أو لا يكلف ذلك؟ وهل لربه أن يأخذ ما ينتفع به منه، ويترك ما لا ينتفع به، أم لا؟ قلت: قال المتيطي في آخر كراء الأرضين: لرب التراب أخذه إن شاء، وإن طلبه بإزالته من صار في أرضه، لم يلزمه ذلك، قال: وكذلك إن وقع التراب على شجرة فأضر بها، وأما ما له ثمن، وينتفع به، كالحجر، والخشب، والآجر فعلى ربه رفعه من الموضع، وإزالته.

^١ سقط من ت قوله (فيها قولين الأول منهما) .

^٢ (قلت : وما أفتى ... في النوادر) سقط ذلك من خ ١ .

لا؟ قلت: قال ابن وهب: أراه متعديا وأرى عليه الضمان فيها إن أصابها في ذلك شيء، وقال أشهب: هو ضامن لها أبدا، حتى ترجع إلى صاحبها، ماتت في داره، أو عقرت خارج داره (18). قلت: فإن فتح رجل باب حانوت مقابلة باب دار رجل، هل يمنع من ذلك، أم لا؟ وهل حكم باب الحانوت كحكم باب الدار المتقدم ذكرها، أو بينهما فرق؟ قلت: قال البرزلي في أجوبته ناظرا عن ابن رشد: لا فرق بين باب الحانوت، وبين باب الدار، وقد تقدم الحكم في باب الدار، ونقل عن المازري التفرقة بينهما، وقال: الحانوت أشد ضررا من باب الدار، لكثرة ملازمة الجلوس فيه، وإنه يمنع من إحداثه على كل حال، وصوبه البرزلي، لشدة الضرر فيه.

قلت: وفي معنى الضرر ما يحدثه أهل الأسواق من الدكاكين التي تكون بين أيدي الحوانيت، وربما أضرت بالمارين، وضيق عليهم عند انصدام الأحمال، وكثرة الناس، هل تهدم عليهم، ويمنعون منها، أم لا؟ قلت: في أجوبة البرزلي عن ابن أبي الدنيا (19) ما أضر بالمارين يهدم، من غير خلاف في هدمه، وزواله، حتى لا يبقى له رسم، قال البرزلي: ونزلت بتونس في أسواقها، ولم يزل القضاة يوقفون، ويحتسبون عليهم، ولكن العامة تغلبت، والصواب مراعاة الضرر، فحيثما ثبت في حق العامة قطع.

قلت: ونزل بفاس ضرر من هذا المعنى، وذلك أن حوانيت القيسارية، يصب ماء المطر من أسطحها، من ميازيب في الشارع، وأحدثت مطاليع لأسطحها، وصار الناس يطلعون عليها لأسطح الحوانيت، ويخلون فيها بالبول، والعدرة، فإذا نزل المطر على الأسطح اندفعت تلك العذرة إلى الميازيب، وصبت في الشارع، فيتنجس الناس منها، فلما ثبت ذلك حكم على أرباب الحوانيت بسد تلك المطاليع، فبنيت، وتحسنت تلك العلة عن المسلمين، والحمد لله.

قلت: ومن الضرر إحداث السوايبط، والبروز في الأزقة، إذا كانت تضر بالمارين، أما إحداثها في غير السكك النافذة، فذكر البرزلي عن ابن زياد أنه لا يحدث في غير السكك النافذة¹ ساباط، ولا غيره، وما كان منها قديما ليس لأحد فيه مقال، وكذلك ما أحدث بحضرة أهل ذلك الزقاق، وسكتوا عنه من غير عذر، فلا قيام لهم، ولا لمن ملك بعدهم، بسببهم، وأما إحداثها في السكك

¹ (فذكر البرزلي ... السكك النافذة) سقط ذلك من ت .

رشد: وهذا كما قال؛ إذ ليس هذا مما يستحق بالقدم؛ لأنه أمر يتكرر، ولا يختص جيرانه بالضرر بذلك، دون جماعة الناس، وقال: لهم أن يمنعوه من الضرر بهم. فانظر تمام كلامه (14).

فإن كانت شدة، ومجاعة، واحتاج أهل البلد إلى الطعام، هل يجبر أهل الطعام على بيعه، أم لا؟ قلت: قال مالك في رسم باع غلاما، من سماع ابن القاسم، من كتاب السلطان: فلا أرى بأسا أن يأمر الإمام أهله، فيخرجونه إلى السوق، فيباع إذا احتاج الناس إليه (15)، قال ابن رشد: هذا مما يجب الحكم فيه للعامة على الخاصة، إذ لا يصح أن يترك الناس يجوعون وفي البلد طعام ولا ضرر في ذلك على البائع؛ إذ لا يؤخذ منه إلا بالثمن الذي يسوى في السوق (16).

قلت: فإن كان جدار بين دارين لرجلين وهو لأحدهما ومال ميلا شديدا حتى خيف انهدامه، هل يجبر ربه على هدمه إذا رفعه إلى السلطان، أم لا؟ قلت: قال ابن القاسم: واجب عليه هدمه، قال يحيى: قلت لابن القاسم، فعلى من يكون بنيانه؟ فقال: يقال لجاره: إن شئت فاستر على نفسك، أو دع، ولا يجبر صاحب الجدار على بنيانه، قيل له: أيبني جاره في موضع الجدار؟ فقال ليس ذلك له، وإنما يقال له إن شئت أن تبني في أرضك، وحوز دارك، وإلا فدع، قيل له: فإن شكى إليه ما يخاف من انهدام الجدار، فلم يهدمه حتى انهدم على أناس، أو دواب، أو بيت لصيق به، فقتل، أو هدم ما سقط عليه، أيضمن ذلك صاحب الجدار؟ قال: نعم، يضمن صاحب الجدار كل ما أصاب الجدار بعد الشكوى إليه، والبيان له، قال يحيى: وإن لم يكن سلطان، فإنه ضامن إذا تقدم إليه، وأشهد عليه، قال ابن رشد: وقد قيل: إنه لا ضمان عليه إلا فيما أفسد بانهدامه، بعد أن قضى^١ عليه السلطان بهدمه، ففرط في ذلك، وهو قول عبد الملك، وقيل إنه ضامن لما أصاب، إذا تركه بعد أن بلغ حدا كان يجب عليه هدمه، وإن لم يتقدم في ذلك إليه، ولا أشهد عليه، وهو قول أشهب، وسحنون (17).

قلت: فإن وجد رجل في زعره مهرة فساقها إلى داره، فأدخلها داره، فلما كان من جوف الليل خرجت من الدار، فعقرتها السباع، أو ساقها إلى داره، وحبسها، وربطها حتى ماتت، فهل يضمن، أم

^١ سقط من ت قوله (بعد أن قضى) .

التوصل إلى معرفته^١ الصلح، لاستواء المتصالحين في الجهل، ويكون صلحهم على وجه التحلل، كمسألة كتاب الصلح فيمن له على رجل دراهم نسيا مبلغها، وكمسألة كتاب الشفعة فيمن ادعى حقا في دار رجل جهل الفريقان قدره، إن الصلح في الحق المدعى جائز على طريق التحلل (10)، ثم قال: ولها نظائر كثيرة. انظرها، قلت: وذكر ابن سهل في آخر السفر الأخير منه عن بعض المفتين خلافا، والذي أخذ به هو من ذلك موافق لفتيا الزرويلي. فانظره.

قلت: فإن وضع رجل جرة زيت بباب دار رجل، ففتح صاحب الدار بابه، فانكسرت الجرة، وانهرق ما فيها، هل يضمن رب الدار، أم لا؟ قلت: ذكر ابن رشد في أجوبته فيها قولين، واختار منهما عدم ضمان رب الدار (11)، قلت: تخريج ابن رشد رحمه الله عدم الضمان والله أعلم؛ لأن صاحب الدار فعل ما يجوز له فعله.

قلت: فإن حفر رجل بئرا في داره، فقام جاره وتشكى من ذلك، هل له مقال، أم لا؟ قلت: حصل ابن رشد في البئر يحفرها الرجل في داره، فيشتكي جاره منها في سماع أشهب، وابن نافع من السداد، والأنهار، أربعة أقوال: الأول أن له أن يحفر، وإن أضر حفره ببئر جاره، الثاني أنه ليس له أن يحفر إذا أضر حفره ببئر جاره، الثالث الفرق بين أن يستفرغ ماء جاره فيمنع^٢، أو لا يستفرغها فلا يمنع، الرابع الفرق بين أن يجد مندوحة فيمنع، أو لا يجد مندوحة فلا يمنع للعتبية (12)، قلت: قال ابن يونس: وكذلك لو أحدث كنيفا يضر ببئر جاره منع من ذلك.

قلت: وكذلك ما كان من المناصب للحيثان، يكون المنصب للرجل يصيد فيه الحيثان الأعوام، ثم إنه يشكوا جيرانه أن ذلك يضر بهم، هل يمنع من ذلك، أم لا؟ قلت: قال عيسى: نعم، لهم أن يمنعوه من ذلك، قال القاضي ابن رشد في تكلمه على الثالثة، من مسائل سئل عنها عيسى من السداد، والأنهار: إذ ليس لمن النهر من جانبه أن يختص بالصيد فيما يوازي أرضه دون جماعة الناس، ولا أن يعمل مصايد فيها، يمنع الحيثان أن تجوزها، فقال: إنه إن فعل ذلك، فشكى جيرانه بعد مدة أن ذلك يضر بهم، يريد أن الحيثان لا تخلص إليهم، كان لهم أن يمنعوه (13)، قال ابن

^١ سقط من ب قوله (إلى معرفته) .

^٢ سقط من ب ، خ ١ قوله (فيمنع) .

قديمة قبل دار الجار، فليس للجار قطعها، ولو أضرت بجداره، وفي قطعه ما أضرب به مما طال من أغصانها، قولان لأصبع مع مطرف، وابن الماجشون؛ لأنه علم أن هذا يكون من حال الشجرة، فقد صار ذلك من حريمها، والأول أظهر، واختاره ابن حبيب، ولمن له أرض بجانب شجرة في أرض جاره، قطع ما دخل منها في أرضه، وامتد من فروعها على أرضه (7).

قلت: فإن فتح بابا قبالة باب جاره في زقاق غير نافذ، هل يمنع من ذلك، أم لا؟ قلت: قال ابن عبد البر في الكافي: يمنع (8)، وقال القاضي ابن رشد: يتحصل في فتح الرجل الباب، وتحويله عن موضعه في الزقاق الذي ليس بنافذ ثلاثة أقوال: أحدها مثل ما تقدم في الكافي أنه لا يجوز بحال إلا بإذن جميع أهل الزقاق، قال: وهذا هو الذي ذهب إليه ابن زرب، الثاني أن ذلك له فيما لم يقابل باب جاره، ولا قرب منه، فيقطع به مرفقا عنه، وهو قول ابن القاسم في المدونة، وقول ابن وهب في سماع زونان من كتاب السلطان، الثالث أن له أن يحول بابه على هذه الصفة إذا سد الباب الأول، وليس له أن يفتح فيه بابا لم يكن قبل فيه بحال، وهو دليل قول أشهب، في سماع زونان المذكور (9)، قلت: وإن كانت السكة نافذة لم يمنع من فتحه، وأمر بالتنقيب عن باب دار جاره قليلا، فإن لم يفعل مضى، ولم يجبر عليه.

قلت: فإن اتخذ الرجل النحل في القرية وهي تضر بالقوم وبثمرتهم هل يمنع من ذلك، أم لا؟ قلت: قال ابن حبيب عن مطرف: هي كالحمام في إذائها، وفسادها للزرع، ويمنع من اتخاذ ما يضر بالناس في زروعهم؛ لأن هذا طائر لا يقدر على الاحتراس منه، كما يستطيع ذلك في الماشية، وقال أصبغ عن ابن القاسم: هي كالماشية وإن أضرت.

فإن كانت دار خربة بين دور، فطال خرابها حتى انقرض من يعرف طريق الخربة المذكورة، وبقي كل واحد ممن له دار بإزاء الخربة المذكورة ينكر^١ أن تكون الطريق لها من جهته، كيف يكون الحكم في ذلك؟ قلت: نزلت، وسئل عنها الفقيه الزرويلي، فأجاب فيها رحمه الله تعالى أن يوقف أرباب الديار المجاورة لها عن السكنى في ديارهم حتى يصطلحوا على موضع يعينوه للطريق إذا تشاحوا في مصرفها؛ لأنه علم بأنه كان للدار طريق، وجهل موضعه، وحكم ما جهل، ولم يقدر على

^١ (قلت فإن اتخذ ... ذلك أم لا) سقط ذلك من خ ١ .

^٢ سقط من ت ، خ ٢ قوله (ينكر) .

هل مراده بالأشخاص باعتبار الصنف كالرجل من المرأة، أو النوع كالإنسان من غيره، وأما بالجزئية كزيد من عمرو فلا، قلت: فإذا ثبت ضرره بها أغلقت، قال ابن هشام: ولم يسدها من وراء أبوابها، وإنما يؤمر بقلع أبوابها، وعتبها، وسدها لما يتوقع من بقاء عتبها بطول الزمان أن تكون لها حيازة، قلت: وذكر مثله المتيطي أن الكوى والباب للدار سواء في الغلق، وقلع العتب، قال: لأنها إن طالت كانت حجة للمحدث، ويقول: إنما أغلقها لنعيدها متى شئت. فإن أذن الجار المتكشف عليه في ذلك التكشف، هل ذلك حق له، فيجوز إذنه، أو حق لله فلا يجوز إذنه له بوجه؟ الأول لابن يونس، والثاني للسيوري، قال البرزلي: وهذا هو الصواب؛ لأن فيه إذنا بالإطلاع على عورات الناس، وكشف السرائر، فالصواب منعه مطلقا. فانظره. قلت: ونقل البرزلي في التكشف على الأصطاح فقط، خلافا: فعن الباجي الإباحة، قال: وهو قول ابن القاسم إذا لم يطلع على موضع السكنى.

فإن كانت الطاق أقدم من بنیان الدار التي يطل منها عليها، ولم يمنع من بقائها على حالها، فأراد صاحب الدار التي يطل عليها بناء في أرضه، يازاء الطاق يسد بسببه الطاق، هل يمنع من ذلك، أم لا؟ قلت: قال ابن هشام: له أن يبني، ولا يمنع، كما لا يمنع أن يرفع بنيانه حيث شاء، وإن ستر به الريح، والشمس. قلت: خلافا لابن نافع، قال ابن عرفة: وهو شذوذ، قلت: ما لم يكن الطاق قديما، لدخول الضوء منه، فإن كان كذلك، قال فيه ابن عرفة^١ عن أبي عمر في كافيته: إن كانت للضوء، وهو يحتاج إليها، فيمنع جاره من إلصاق بنيانه إليها، فإن عمل في جداره كوة في قدرها، وإزائها ينال منها ما كان ينال من الكوة من الضوء، وغيره، فله ذلك (5)، قلت: فإن كانت لغير الضوء، فلا يمنع من البناء، وإن كانت قديمة، قاله المتيطي، ومثله في العتبية من سماع يحيى، من كتاب السلطان (6).

قلت: ومن سماع عبد الملك من شكا شجرة بدار جاره، لإشراف من يطلع عليها لجنيها على داره، قال: لم يكن له أن يقطعها عنه، وله قطع ما دخل من أغصانها في أرضه، قال ابن رشد: له قطع ما طال من الحادثة، فأضر حائطه، أو منع من دخول هواء إن كانت حديثة، وإن كانت الشجرة

^١ (وهو شذوذ ... قال فيه ابن عرفة) سقط ذلك من ب .

نوع آخر في الضرر ووجوهه

قلت: الأصل في الضرر قول النبي صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)^(١)، قال ابن هشام: معناه والله أعلم أن يمنع الرجل جاره من فعل ما يضر به، وقيل الضرر أن تضر جارك بما تنتفع به، والضرار أن تضره بما لا تنتفع به^١، وإذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر، ومعنى ذلك في الأكبر أن يمنع الرجل من أن يحدث في ماله شيئاً مما له فيه منفعة، ومعنى الأصغر هو الاعتراض من جاره عليه بما يضره به، ومن أحكام الباجي، قال فيها: تنازع الشيوخ في الحمام، والفرن إذا أحدثا بقرب دار رجل، وليس يضر ذلك بداره، غير أنه ينقص من ثمنها، فقال بعضهم ذلك ضرر يجب قطعه، من أجل ما يتقى من وقوع النار، ومن اجتماع الناس إلى ذلك لكثرة ترددهم، واحتجوا بقوله عز وجل [ولا تبخسوا الناس أشياءهم]^(٢)، وقال آخرون: لا يمنع من ذلك^(٣). قلت: ومن هذا المعنى ما يجعله القضاة من الدور لتثقيف النساء فيها، وتشكي جيرانها بكثرة الدخول، والخروج إليها، وكثرة الجلوس عند بابها، ومرور أعوان القاضي إليها، قال فيها البرزلي: أفتى الشيوخ أنه ضرر يجب قطعه^٢. وإذا لم يعلم الضرر هل هو قديم، أو حادث، فهو على الحدوث حتى يثبت القدم، وبه العمل، وقال سحنون: هو على القدم حتى يثبت الحدوث، وليس عليه عمل. واختلف في الضرر، هل يحاز، أم لا؟ ففي نوازل أصبغ أن الضرر لا يحاز بأقل من عشرين سنة، قال ابن هشام: في المسألة أربعة أقوال: لا يحاز بحال عند ابن حبيب، ويحاز بما تحاز به سائر الحقوق عند أشهب، وابن نافع، ويحاز بالعشرين سنة على قول أصبغ، وفي سماع ابن القاسم إذا رأى جاره يفعل ما فيه ضرر عليه، فسكت حتى تمت نفقته، وبنياه، فلا قيام له عليه، قلت: وحصل فيه ابن عرفة تسعة أقوال. فانظرها.

فإن فتح رجل كوى في حائطه يطل منها على دور جيرانه، هل يمنع من ذلك، أم لا؟ قلت: قال ابن عتاب عن المشاور^(٤): إنما يمنع الإطلاع إذا تبينت الأشخاص، وإلا فلا، قال ابن عرفة: انظر

^١ (والضرار ... به) سقط ذلك من ب .

^٢ (أنه ... قطعه) سقط ذلك من س .

كتاب الخلع: المال المعتبر للمهمل، وللغائب، وللمريض في الشفعة، إنما يعتبر يوم البيع، لا يوم القيام بالشفعة، فإن ثبت أن له مال يوم البيع، أو اكتسبه داخل السنة التي وقع فيها البيع، كانت له الشفعة، وإلا فلا شفعة له، قاله اللخمي، ثم قال: واختلف في البكر إذا لم تكن في ولاية أحد، فهل هي بالبلوغ محمولة على الرشد، أم لا؟ ولا أرى أن تكون بعد البلوغ على شفعتها، إلا أن تكون قبل ذلك لها حسن نظر، ولو كان رفع أمره إلى السلطان لم يأخذه، إما لأن الصبي لا مال له يأخذ له به، أو لأن ذلك المال قدر الحاجة إلى الإنفاق، أو لم يكن الأخذ صواباً لأجل غلائه، أو لسوء موضعه، أو لأنه في زمان فتنة، ثم انقلب اليوم الحال بالغنى، أو بارتفاع الأسواق، أو بعمارة ذلك الموضع، أو ذهاب الفتنة لم يكن له الآن شفعة.

قلت: وقسمة الشريك الثمرة ليس بمسقط للشفعة. نقله الزرويلي في أجوبته عن ابن القاسم، ونقله عنه ابن دبوس، قلت: وأما مسقطاتها أن يقول الشفيح للمشتري أسقطت عنك الشفعة، أو يقاسمه أصل ما فيه الشفعة، قال ابن دبوس: لا خلاف في هذين، الثالث أن يمضي من طول الزمان ما يرى أنه معرض عنها، وتارك لها، الرابع ما يحدثه المشتري من بناء، أو هدم، أو غرس، الخامس خروجه من اليد بالبيع، أو الهبة، أو الرهن، السادس ما يكون من الشفيح من مساومة، أو مساقاة، أو كراء، السابع إذا باع الشفيح النصيب الذي يستشفع به، قال ابن دبوس: وقد اختلف في هذه الوجوه الخمسة.

فإن اكرى رجل من آخر حظاً له من دار، أو حانوت، فقام الشريك، وأراد الأخذ بالشفعة، هل له ذلك، أم لا؟ قلت: قال ابن حبيب: اختلف قول مالك فيها؛ فقال مرة: بالشفعة فيها، وقال مرة: لا شفعة فيها، فأخذ ابن الماجشون، وابن عبد الحكم بالأخير منهما، وبه أفتى الزيناسي^١، وأخذ مطرف، وابن القاسم، وأصبح بالأول، وبه أخذ ابن حبيب، وأفتى العبدوسي بأن المكتري إذا لم يشفع من يد الشريك أنه يجبر على كرائها بالقيمة، وكان ابن علال، والتازغدي يجعلانه كالشريك في الأصل، قلت: هو مثل ما أخذ به ابن القاسم، ومن معه.

^١ سقط من ت قرله (وبه أفتى الزيناسي).

شريكة أن كل المبيع صار له ببيع، أو معاوضة (27)، أو عطية، ولو لم يحضر بيعه، ولا علمه بعد وقوعه، فإن أنكره فله حظه والشفعة له، وإن لم ينكره إلا بعد عامين، أو ثلاثة فله ثمن حظه، ولا شفعة له، وإن لم ينكره إلا بعد عشرة أعوام لم يكن له ثمن إن ادعاه شريكه البائع لنفسه، لحوزه بالبائع طول المدة. انظر ابن عرفة.

فإن حبس رجل شقفا في دار على ولد له، وعقبه، وحازه، ثم باع شريكه في الدار حظه منها، هل للمحبس، أو المحبس عليهم، أو لأجنبي شفعة^١، أو لا شفعة فيه لواحد منهم؟ قلت: قال ابن عرفة ناقلا عن سماع ابن القاسم من رسم كتب عليه ذكر حق: قال ابن رشد: إن أراد المحبس أو المحبس عليهم الأخذ بالشفعة لأنفسهم لم يكن لهم ذلك، وإن أرادوا إلحاقه بالمحبس كان لهم ذلك، وعلى قياس هذا، لو أراد أجنبي الأخذ بالشفعة للمحبس كان ذلك له (28)، ولم يحك خلاف في أخذه، لإلحاقه بالمحبس، وقال اللخمي: قيل لا شفعة للمحبس وإن أراد جعله في مثل الأول، وهو أقيس لأنه لا أصل له. فانظره.

قلت: وإذا توفي رجل وترك بنتا، وعصبه جماعة المسلمين، وترك دارا، فباعت الابنة نصفها منها لشخص، فهل لصاحب المواريث شفعة، أم لا؟ قلت: قال ابن سهل: قال ابن زرب: أفتى بعض الفقهاء وأظنه الحجاري (29) بأن للناظر في المواريث الشفعة، قال: وهو خطأ من القول؛ لأنه ليس له أن يتجر للمسلمين، إنما هو يجمع لهم الأموال فقط. فانظر ابن عرفة فإنه استوفى الكلام عليها. فإن كانت شجرة بين شخصين باع أحدهما حظه منها لشخص آخر، فقام الشريك للأخذ بالشفعة، هل له ذلك، أم لا؟ قلت: قال ابن حبيب في أحكامه: للشريك الشفعة عند أصبغ، وابن الماجشون، وهو المختار، قال: وهو أحب إلي، وبه أقول، وقال مطرف لا شفعة فيها.

فإن اشترى شخص من آخر شقفا شفيعه صبي مهمل لا وصي عليه من أب، ولا مقدم من قاض، ثم بعد سنين عدة مات الصبي، وقام وارثه، وأراد الأخذ بالشفعة، وقال: كانت الشفعة وجبت لموروثي، ومات عنها، وأنا وارثه، فقال له المشتري: كان الصبي حين البيع لا مال له، وإنما اكتسبه عند موته بعد سنين عدة، بعد البيع^٢، فوافقه الوارث على ذلك، هل له شفعة، أم لا؟ قلت: قال اللخمي في

^١ سقط من س قوله (شفعة) .

^٢ سقط من ب قوله (بعد البيع) .

العشار المذكور ما ينوبه من الدين، على أن يبقى على ملكه نصيبه من المصرية المذكورة، ثم بعد ذلك أفتى القاضي بأن يباع النصف الذي على ملك الهالك في الدين؛ إذ لا ميراث إلا بعد أداء الدين، فإذا وجب البيع للمشتري أخذت بالشفعة، لكونها شريكة بالنصف الآخر، وحكم لها القاضي بذلك. فتأمل. وزعم القاضي أن ذلك في المدونة، والفرض أن العشار يقول: أعطوني نصيبي من نصف المصرية، وأنا أؤدي ما يجب علي من الدين، فلم يمكن من ذلك، بل فعل القاضي ما قدمته، والذي في المدونة، في كتاب القسم، فيمن هلك وعليه دين، وترك دارا بيع منها بقدر الدين، ثم يقسم الورثة باقيها، قال: إلا أن يخرج الورثة الدين من جيوبهم، فتبقى الدار لهم يقتسمونها(25). قلت: فمسألة المدونة تشهد لفتيا القوري المتقدمة. فتأمل ذلك.

فإن أخذ الشفع بالشفعة بعد أن كان المشتري بنى، أو غرس، قال الجزيري: على الشفع قيمته قائما، فإن أبى فلا شفعة له بعد، قلت: فإن كان ثمن الشقص بعضه مسمى، وبعضه صلح عن نفقة وأراد الشريك الأخذ بالشفعة، هل له الأخذ بالقيمة فيما لم يسم، أم لا؟ قلت: نزلت، ووقع الحكم فيها بالشفعة بالقيمة، على ما لسحنون في سماع عيسى، ونقل فيه ابن رشد عن ابن القاسم أن الثمن إذا جهل لا شفعة فيه(26).

فإن أسقط الشريك الشفعة للمشتري، ثم قام المسقط، وقال: إنما أسقطت حقي ظنا مني أنه بيع بثمان مثله، والآن تبين لي أنه بيع بثمان بخس، لا يشبه أن يكون ثمنا لمثله، هل له مقال، أم لا؟ قلت: قال ابن يونس: لا يلزمه الإسقاط دون سؤال عن الثمن، إذا كان الثمن الذي ظهر لا يشبه أن يكون ثمنا لمثله، لقلته. فانظره .

فإن باع رجل لرجل دارا له فيها شفع بحضرته، ولم ينكر بيعه حتى بنى مشتريه فيه، أو غرس، قال ابن عرفة: لا شفعة فيه^١، وهو صحيح؛ لأن سكوته ذلك كبيع، ولو أنكر البيع قبل تمامه، كانت له الشفعة دون يمين، ولو أنكره بعد تمامه^٢ بمجلسه كانت له الشفعة، بعد يمينه أنه ما رضي ببيع حظه، وبعد المجلس بقربه لا شفعة له، وله ثمن حظه، وبعده بعام فأكثر له ثمن حظه^٣، إلا أن يدعي

^١ في ب (الشفعة فيه) بإسقاط (لا) .

^٢ (كانت له ... بعد تمامه) سقط ذلك من ب .

^٣ (وبعده ... ثمن حظه) سقط ذلك من خ^٢

انظر رسم مسائل كراء، وبيع من سماع أشهب، رواية، وشرحاً (22)، ووقع في أجوبة البرزلي أن الموصى له إذا باع ما أوصى له به لا شفعة فيه للورثة، وكأن الميت باعه، قلت: وهذا مخالف لنصوص الروايات فانظره^١.

قلت: فإن تعدد المساقى، وتعدد صاحب الأصل، فباع أحد المساقى نصيبه من الثمرة، لمن تكون الشفعة؟ هل لمن بقي من المساقى، أو لهم ولأصحاب الأصل؟ قلت: فعلى قول ابن القاسم الشفعة لمن لم يبع من المساقى مع أصحاب الأصل^٢، على قدر سهامهم، وعلى قول أشهب الشفعة لباقي المساقى خاصة، وضبط ذلك ابن عرفة على مذهب ابن القاسم بأن قال: كل من له شرك في الثمرة فله الشفعة، مساقى كان أو غيره.

قلت: فإن استكثر الشفع الثمن الذي أظهره المشتري، وقال للمشتري: احلف لي أنك اشتريت به، هل تجب على المشتري يمين، أم لا؟ قلت: قال الجزيري: ينظر في ذلك؛ فإن كان مما لا يتغابن أهل البصر بمثله لكثرت، وجبت اليمين على المشتري، إلا أن يكون سلطاناً، أو شريكاً، أو مجاوراً للملك، فلا تكون عليه يمين، وإن كان مما يقع بمثله التغابن بالزيادة اليسيرة على قيمة الشقص، فلا يمين على المشتري.

ولا شفعة في هبة لله عز وجل، ولا صدقة، قال الجزيري: وبه العمل، خلافاً لابن عبد الحكم، ثم قال: ولا شفعة للورثة فيما باعه الوصي لتنفيذ عهد المتوفى، ونزلت مسألة من هذا المعنى في رجل هلك، وترك نصف دار، وله شفع، فباع^٣ الوصي الورثة نصف الدار المتروكة للزوجة، فأراد الشريك الأجنبي الأخذ بالشفعة، فأفتى ابن آملال (23) بأن له الشفعة؛ لأن الدار إنما صيرت على ملك الهالك، ووافق المزجلدي (24) على فتياه، إلا أنه علله بتعليل آخر، وأفتى فيها القوري بأن لا شفعة للأجنبي، وأن المرأة تختص بجميع النصف المتروك، وكأنها اشترت شيئاً هي شفعية لبعضه. قلت: ونزلت بالطرطوشي العشار مسألة من هذا القبيل، وذلك أن أخاه هلك، وترك زوجة، وعاصبا وهو العشار المذكور، ولها صداق، وترك نصف مصرية، ونصفها الآخر للزوجة، فطالب الخصام إلى أن التزم

^١ (قلت وهذا ... فانظره) سقط ذلك من ب .

^٢ سقط من خ ١ قوله (أصحاب الأصل) .

^٣ سقط من خ ١ قوله (وله شفع فباع) .

قلت: وهذه الأنقاض المبيعة لا يخلو أمرها من أن تكون العرصة لبیت مال المسلمين، أو للحبس، أو للرعية، فإن كانت لبیت مال المسلمين فعلى فتيا ابن علال، والتازغدري المتقدمة في البيوع، ففي بيعها الشفعة، وعلى فتيا العبدوسي لا شفعة فيها، وهذا الخلاف هو على قول ابن القاسم الذي يقول: لا شفعة في الأنقاض، وإن كانت العرصة للحبس، أو الرعية، وقد تم أمد استئجارها، فقال ابن القاسم: لا شفعة فيها. قال ابن عرفة: وخالفه أشهب، وسحنون، وقالوا بالشفعة فيها.

قلت: فإذا تقرر الشفعة للشركاء فهم على مراتب، كل أهل موروث أحق بشفتهم دون سائر الورثة، فإن كانوا مثلاً كلهم بنين فمات أحدهم عن بنين، وباع أحد ولد الولد نصيبه، فالشفعة لإخوته، باقي أولاد الإبن، فإذا كان في المسألة من ورث بفرض، ومن ورث بتعصيب (20)، فمن باع من ذوي الفروض فالشفعة لباقي أهل الفروض، وإن باع بعض أهل العصة فالشفعة لباقي العصة، ولسائر أهل الفروض، فإن تعدد المشتري، واشتروا مثلاً ربع الزوجة، وأسلم لهم سائر الورثة الشفعة، ثم باع أحدهم نصيبه الذي اشترى، فأراد شركاؤه في الشراء أن يأخذوا بالشفعة، كما كان أهل السهم الذين اشتروا منهم، هل لهم ذلك، أم لا؟ قلت: قال ابن القاسم عن مالك في رسم الأقضية، من سماع يحيى: لا يكون ذلك لهم، ولا يحملون محملهم، بل يشفعهم جميع الورثة على قدر أنصائبهم في الميراث، ويكون شركاء البائع منهم في ذلك النصيب خاصة، ثم قال مالك: وإنما يتشافع في كل سهم دون جماعة الورثة أهل السهم بأعيانهم، لا يتنزل من اشترى منهم منزلتهم. قلت: واختلف في سدس التكملة للثلثين، هل هو فرض خاص، ويسمى سدس التكملة، أو لا يسمى، وإنما يقال الثلثان مثلاً للشقيقة، والأخوات للأب قولان لابن القاسم، فإذا كان السدس للأخوات للأب^١ فرضاً مسمى، وباعت واحدة منهن حظها منه، فالشفعة لباقي الأخوات للأب خاصة، وإذا قلنا بالاشتراك بينهما في الثلثين، دخلت الشقيقة معهن. انظر الشرح من الرسم المذكور (21). قلت: فإذا كان في مسألة الورثة موصى لهم بالثلث، وباع واحد منهم، لمن الشفعة؟ هل لمن بقي منهم، أو لمن بقي وسائر الورثة؟ قلت: قال ابن القاسم: هم كالعصة، قال ابن رشد: أرى للورثة الدخول معهم، وقال أشهب عن مالك: شركاؤه في ذلك الثلث أحق بالشفعة فيما باع شريكهم.

^١ قولان لابن القاسم ... للأب (سقط ذلك من ت .

أصلاً، قاله ابن الماجشون، الثالث لأشهب إن بيعت مع الأصول فيها الشفعة، وإلا فلا شفعة فيها^١، قلت: والمقائي التي لها أصل يجنى ثمره فيها الشفعة، وأما الزرع فقال ابن رشد: فيه الشفعة، بيع مع الأصل، أو دون أصل عند من يرى فيه الشفعة. انظر تمام كلامه فيه (14).

قال ابن رشد: وأما الكراء فإنما الخلاف في وجوب الشفعة فيه إذا انفرد عن بيع الأرض، ولا يتصور فيه غير هذا^٢، قلت: فالخلاف الذي أتى إليه هو ما ذكره، قال ابن الحارث (15): قال ابن القاسم، وسحنون: لا شفعة فيه، وقال ابن القاسم في المستخرجة: فيه الشفعة، وقاله أشهب، ونقل ابن حبيب في أحكامه عن مالك فيه قولين: بالشفعة، وعدمها، قال: وأخذ ابن الماجشون، وابن عبد الحكم بأن لا شفعة فيه، وأخذ مطرف، وابن القاسم، وأصبح بوجوب الشفعة فيه، قال ابن حبيب: وبه أقول (16)، قلت: وعليه جرى العمل، وبه استمر الحكم، وكان الفقيه ابن علال، والتازغدي يجعلانه كالشريك في الأصل، وكان يخالفهم في ذلك القاضي عبد الرحيم اليزناسي (17) ويحكم بعدم الشفعة فيه، وأما رقيق الحائط، والرحا، فإنما الخلاف في وجوب الشفعة فيهما، وأما الماء فقال ابن رشد: لا خلاف في وجوب الشفعة فيه إذا بيع شقص منه مع الأصل، أو دونه، ولم تقسم الأرض، واختلف في وجوب الشفعة فيه إذا قسمت الأرض على قولين: ففي المدونة لا شفعة فيه، وفي العتبية فيه الشفعة، ومن الشيوخ من قال: هما وفاق، ومعنى مسألة المدونة أنها بر واحدة، ومسألة العتبية أنها آبار، وأما النقص فقال ابن رشد: لا خلاف في وجوب الشفعة فيه إذا بيع مع الأصل، ثم طرأ عليه من الاستحقاق ما يوجب للمستحق فيه الشركة، أو باع أحد الشريكين حظه من النقص دون الأصل، وهو من التساوي على صفة يجوز فيه البيع، لوجوب قسمه مع الأصل، على قولين قائمين من المدونة، وكذلك إذا كان النقص القائم بين الشريكين، والعرضة لغيرهما، فباع أحدهما حظه من النقص، لشريكه فيه الشفعة على الاختلاف المذكور، إن أبي صاحب العرضة أن يأخذه؛ لأنه مبدأ عليه، ليس من أجل أنه شفع، ولكن من قول النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) (18)، وقد تقدم كيفية الأخذ في الأنقاض في البيوع (19).

^١ (أصلاً قاله ابن الماجشون ... فلا شفعة فيها) سقط ذلك من ب.

^٢ (قال ابن رشد ... فيه غير هذا) سقط ذلك من ت.

تاركاً لها، والخمس سنين قليل، إلا أن يحدث المشتري فيها بنيانا، أو غرساً، فتقطع شفعته في أقل من ذلك، وقال ابن الماجشون: لا تنقطع شفعة الحاضر إلا بعد مضي عشرة أعوام، للحديث الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: (من حاز شيئاً عشر سنين فهو له) (8)، وأما الغائب فهو على شفعته، وإن طال غيبته، فإن سكت الشفيع، ولم يقم حتى أحدث المشتري فيما اشتراه غرساً، أو بنيانا، أو حتى طال المدة، وخرجت عن الحد المؤقت، على الاختلاف المذكور، بطل حقه، وسقط قيامه (9). قلت: وهل يجب عليه يمين إذا سكت مدة لا تنقضي فيها الشفعة، أو لا يمين عليه؟ قلت: قال الجزيري: إذا زاد سكوته على تسعة أشهر وجبت عليه اليمين^١ أنه ما علم، وفي ما دون ذلك خلاف، قلت: الخلاف الذي ذكره الجزيري أن ابن القاسم قال: الشهران لا يجب عليه فيهما يمين، وقاله في كتاب محمد، قال عنه: ويحلف بعد خمسة أشهر، أو سبعة، وروى ابن القاسم عن مالك أنه يحلف في السبعة، قال ابن العطار: وظاهر المدونة أنه لا يحلف، ولو انقضى أمد ما تنقضي فيه المدة، وإن ادعى جهلاً لم يعذر به (10). قال ابن رشد في المقدمات: وهذه إحدى المسائل التي لا يعذر فيها الجاهل بجهله، وهي سبع مسائل كان يذكرها أبو عمر الأشبيلي (11)، ولم يشرحها (12)، قلت: وعد ابن سهل منها ما هو أكثر من هذا. فانظرها فيه.

قلت: وقال ابن رشد: واختلف قول مالك فيما كان متشبثاً بالأصول، أو متصلاً بها، كالثمرة، والزرع، والكراء، ورقيق الحائط إذا بيعوا مع الحائط، والرحى إذا بيعت مع الأصل، والماء، والنقض إذا بيعا دون الأصل، فمرة قال في ذلك كله الشفعة لتعلقه بأصل ما فيه الشفعة^٢، ومرة قال: إن ذلك كالعروض المنفصلة من الأرض، فلا شفعة فيها، فأما الثمرة فأوجب مالك فيها الشفعة في المدونة استحساناً (13)، قلت: وقد فرقوا في الثمرة بين المدخر، وغيره، والذي جرى عليه العمل وجوبها في المدخر، وغيره، وبه أفتى العبدوسي، بشرط أن لا يبيع منها شيئاً، وقال بهذا مضي العمل، وقال اللخمي: اختلف في الشفعة في الثمار على ثلاثة أقوال: الأول بوجوب الشفعة فيها، سواء بيعت مع الأصول، أو على انفرادها، كان شريكاً في الأصول، أم لا، وهو قول مالك، الثاني لا شفعة فيها

^١ سقط من ت قوله (وجبت عليه اليمين) .

^٢ (لتعلقه ... الشفعة) سقط ذلك من خ .

وجوبها على قدر الأنصاء، والعهد فيها للشفيع على المشتري لا على البائع(6). واختلف في الأخذ بالشفعة هل هو بمنزلة البيع، أو بمنزلة الاستحقاق، وهي تورث، ويتنزل الوارث بمنزلة الموروث في الحق الذي كان له من الأخذ، أو الترك، وسواء مات الموروث^١ والشقص الذي يستشفع به بيده فورثه عنه، أو مات بعد بيع الشقص على القول بأن البيع لا يسقط شفيعته، ووقع في أحكام ابن حبيب عن مطرف أن الشريك له الأخذ بالشفعة، بقي الحظ على ملكه، أو خرج عن ملكه، علم بوجوب الشفعة له قبل البيع، أو لم يعلم، وقيل إن خرج الشقص من يده سقطت شفيعته، كما تسقطها مساومة الشفيع للمبتاع، وطلب المقاومة، أو الكراء، أو القسمة، أو مجهلة الثمن مع طول الزمان، وموت الشهود. انظر الجزيري.

وإن كان للشقص المبيع شفعا فسلموا في الشفعة إلا واحدا منهم أراد أن يأخذ الجميع، هل له ذلك، أو إنما له نصيبه الذي ينوبه بالحصاص معهم خاصة؟ قلت: قال ابن حبيب في أحكامه عن أصبغ: إن كان تسليمهم على وجه الهبة فليس له إلا سهمه منها، وللمشتري سهام من سلم له، قلت: وقال الجزيري: ليس على القول بإسقاطها على وجه الهبة عمل، وإن لم يكن على هذا الوجه إلا على ترك الشفعة، وكراهية الأخذ بها، فللمتمسك جميعها، ومثل ذلك ما نقل ابن رشد عن واضحة ابن حبيب، قال ابن رشد: واختلف هل للشفيع أن يهب ذلك للمبتاع، أو يبيعه منه، أم لا؟ على قولين: أحدهما أن ذلك جائز، ويختص المشتري بما اشتراه، فلا يكون لغير البائع، أو الواهب من الشفعا عليه شفعة، إلا أن يكونوا بمنزلته، فيكون لهم منها بقدر حظوظهم، والثاني أن ذلك لا يجوز، وينفسخ البيع، فيكون الشفيع على شفيعته، وينفسخ حكم الهبة، فيمضي على حكم التسليم، وليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة لغيره، ولا له أن يأخذ للبيع(7).

وقد اختلف في الحد الذي تنقطع فيه شفعة الحاضر، فقال أشهب: سنة، قلت: وبه الحكم، وعليه العمل، وقال الجزيري: جرى العمل في الشفعة بما زاد على سنة، وشهرين، وقال ابن القاسم: السنة قليل، ولا تنقطع إلا فيما فوق السنة، وحكى ابن حبيب عن مطرف، وابن الماجشون أنه على شفيعته ما لم يوقفه السلطان على الأخذ، أو الترك، أو يمضي من طول المدة ما يدل على أنه كان

^١ (في الحق الذي ... مات الموروث) سقط ذلك من ب

نوع آخر في الشفعة

قلت: قال ابن رشد رحمه الله تعالى: الأصل في تسمية أخذ الشريك الشقص الذي باع شريكه من المشتري بالثمن الذي اشتراه به شفعة، وهو أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطا، أو منزلا، أو شقصا من حائط، أو منزل، أتاه المجاور، أو الشريك، فشفع إليه في أن يوليه إياه، ليتصل له الملك، أو ينتفي عنه الضرر، حتى يشفعه، فسمي ذلك شفعة (1)، وسمي الآخذ شفيعا، والمأخوذ منه مشفوعا، ثم قال: وثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالشفعة، وأنه قال: (الشفعة فيما لم ينقسم ... الحديث) (2)، ثم قال: وهذا الحديث يقتضي ثلاثة فوائد: أحدها أن الشفعة إنما تكون بين الشركاء، والثانية أن الشفعة إنما تكون فيما ينقسم من الأصول^٢، والثالثة أن الشفعة إنما تكون في الرباع (3)، ثم قال: واتفق أهل العلم على إيجاب الشفعة في الأصول اتفاقا مجملا، ولم يختلف قول مالك أن في الشقص المبيع الشفعة إذا بيع بعين، أو عرض، فإذا باع الرجل شقصه من شريكه، أو من أجنبي بأصل، أو بشقص من أصل له فيه شريك، أو لا شريك له فيه، فمذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك أن في ذلك كله الشفعة، ووقع في أول سماع ابن القاسم ما ظاهره أن قول مالك اختلف في ذلك كله، وأنه كان يقول: إذا علم أنه إنما أراد وجه المناقلة، والسكنى، ولم يرد وجه البيع أنه لا شفعة له في ذلك، فعلى هذا المناقلة كلها مختلف فيها، وحكى العتبي عن مطرف، وابن الماجشون أنهما قالوا: إن المناقلة التي قال مالك: لا شفعة فيها إنما هي أن يبيع الرجل شقصه من شريكه بشقص من أصل له فيه شريك، فيكون كل واحد منهما إنما أراد التوسع في حظه بما صار إليه من حظ شريكه، عوضا عما عاوضه به، ثم قال: ففي تعيين المناقلة المختلف فيها ثلاثة أقوال (4): قلت: الأول قول مالك الذي رواه ابن القاسم عنه، وقال به أن الشفعة في الجميع، الثاني ما وقع في العتبية من سماع ابن القاسم أنه إن لم يرد البيع، وإنما أراد المناقلة فلا شفعة (5)، الثالث ما حكاه العتبي عن مطرف، وابن الماجشون بالتفصيل، كما تقدم، وهي في حال

^١ سقط من ب قوله (أو شقصا) .

^٢ في س (الآخر) .

^٣ (والثانية أن ... من الأصول) سقط ذلك من ب ، خ ٢ .

وعلى هذا دلت نصوص المذهب، الثانية إذا بلغ في حجر أبيه، وهو حينئذ حسن الطريقة، ولا صدر من أبيه تسفيه، ولا ترشيد، فيتخرج فيها ثلاثة أقوال: الأول لا يخرج حتى يتبين لأبيه رشده، فيخرجه^١، فإن أبي أخرجه السلطان، الثاني أنه يخرج إذا تصرف تصرف أهل الرشد، جازت أفعاله، وخرج بعض القرويين أنه بنفس بلوغه يخرج من الولاية، الثالث إذا كان مهملاً فباع، وابتاع، وتصرف، ففيه تفصيل، قال عيسى في العتبية: مذهب ابن كنانة، وابن نافع، وغيرهما أن بيعه جائز، ولا ولاية عليه، وبه قال سحنون، وقال ابن القاسم: لا يجوز بيعه، ولا شراؤه؛ لأنه لم يزل في ولاية؛ لأن السلطان ولي من لا ولي له، ولم يفرق بين أن يموت أبوه، وهو صغير، أو كبير، وعن ابن القاسم أيضاً إن كان معروفاً بالسفه، فبيعه مفسوخ، وإن طال الزمان، وإن جهل أمره فأفعاله جائزة، حتى يحجر عليه، وبه قال ابن الماجشون، ومطرف، فإن كان منذ بلغ سفيهاً لم يأت عليه حال رشد فأفعاله مردودة؛ لأنه لم يزل في ولاية السلطان بعد موت أبيه، وأما من يخرج من الولاية بعد البلوغ، وحسن الحال، والرشد، فباع، واشترى، ثم حدث به حال سفه، فإذا باع، وابتاع، ثم رفع أمره إلى السلطان، فهذا يرد، ولا يتبع^٢ بالثمن، فهذه أقوال علمائنا المتقدمين، وأما المتأخرون فهو الذي قدمناه عن عبد الوهاب، والرخمي.

^١ سقط من خ ١ قوله (فيخرجه) .

^٢ في خ ٢ (يتبع) .

عليه، ولا يرجع الغارم^١ على الأب، وإن كانا معدمين فأيهما أيسر أو لا غرم القيمة، وما أعتق الأب من رقيق ابنه جاز إن كان موسرا، وغرم القيمة، وإن كان معسرا لم يجز، إلا أن يتناول الزمان جدا، وكل ما عقده الأب على ابنه من شروط النكاح في طفولته، لم يلزم منها شيء إن دخل المرأة بعد بلوغه، وهو لا يعلم، وإن دخل بعد أن علم لزمته، وإن علم بها قبل الدخول كان له الخيار، إن شاء دخل ولزمته الشروط، أو فسخ عن نفسه النكاح، ولا يحلف الأب لابنه، ولا يحبس له في دين، والابن لأبيه بخلاف ذلك، وكل ما عقده الصبي على نفسه من العقود اللازمة للبالغين فلا يلزمه منها شيء، واختلف في المال الذي يختبر به في التجر، فيلحقه فيه دين، فقال ابن القاسم الدين ساقط عن مال الصبي، وذمته، وقال غيره يلحقه فيما بيده، ولا يلحقه في ذمته، وكل ما فعله الصبي، أو البكر لم يجز، وإن أحازه الأب، أو الولي، ولا يجوز عفو الولي عن دم وجب له من غير دية. انظر ابن الحارث في أصول الفتيا (١٥)، وقال المتيطي في الصبية إذا جعل لها زوجها أمر الداخلة عليها بيدها، فتزوج عليها، فلها أن تأخذ شرطها، وتطلق عليه، ولو كانت صغيرة، إذا كانت تعقل الطلاق؛ لأنه التزم لها ذلك، فإن كانت لا تعقل الطلاق استؤني بها حتى تعقل، ثم تطلق إن شئت، وفي نوازل ابن الحاج ناقلا عن عبد الوهاب، كل من ثبتت عليه ولاية بحكم، أو بغير حكم، فلا ينفك عنها إلا بحكم، قال: وهو اختيار اللخمي، ثم قال: وأما إذا حجر عليه الحاكم فلا خلاف أنه لا يطلقه إلا الحاكم، وذكر ابن الحاج عن أبي الحسن، وأبي جعفر ابن رزق أنهما أفتيا فيمن أوصى على ولده، في حال صغره، ثم بلغ في حياة أبيه، ثم مات الأب أن الإيصاء لا يلزمه؛ لأنه بلغ قبل أن يمسه، وأفتى فيها ابن حمدين (١٦) بمثل ذلك، قال: وأفتى فيها فقهاء اشبيلية بلزومه، ولم يختلفوا في ذلك، ثم قال: اعلم أن الصبي ما لم يبلغ حجر عليه باتفاق، فإذا بلغ ففيه ثلاثة أحوال: أحدها أن يبلغ في حجر أبيه، الثاني أن يبلغ بعد موت أبيه وقد أوصى به^٢، الثالث أن يموت ولا أوصى به، قال: فنبدأ بالحالة التي أوصى عليه أبوه، فهذا في حجر، لا يخرج منه بمجرد حسن حاله، وتمييزه لماله حتى يتبين ذلك للوصي، فيطلقه، أو للحاكم، فيحكم بترشيده،

^١ في ب (القائم)

^٢ سقط من خ ٢ قوله (عفو).

^٣ في خ ٢ (وقضى به).

والبيع، وما أشبه ذلك، ولم يعلم به حتى مات، هل يرد بعد الموت، أم لا؟ على قولين، واختلف إذا تزوج، ولم يعلم بنكاحه وليه حتى مات، هل ترثه المرأة، ويلزمه الصداق، أم لا؟ على ثلاثة أقوال: أحدها أنها لا ميراث لها، ولا صداق، إلا أن يكون قد دخل، فيكون لها منه قدر ما يستحل به، والثاني أن لها الميراث، وجميع الصداق، والثالث أن لها الميراث، وينظر الولي في النكاح؛ فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولي في حياته لم يفسخه، وأجازه، فلها الصداق مع الميراث، دخل بها، أو لم يدخل، فإن كان نكاحها نكاحا فاسدا، وعلى غير وجه غبطة وجب لها الميراث، وردت الصداق^١، دخل بها، أو لم يدخل، ويترك لها في الدخول ربع دينار، وهو قول أصبغ، ثم قال: وهذا جار على الخلاف في فعله، هل هو على الجواز حتى يرد؟ أو على الرد حتى يجاز؟ ثم قال: ويلزمه في ماله ما أفسد، أو كسر، ما لم يؤتمن عليه باتفاق، وما يؤتمن عليه باختلاف، ولا تلحقه يمين فيما ادعي عليه به في ماله، وأما إذا ادعي عليه مما يجوز عليه فيه إقراره فتلحقه فيه اليمين، ويحلف مع شاهده، في حق يكون له، فإن حلف استحق، وإن نكل عن اليمين حلف المدعى عليه، وبرئ في مذهب ابن القاسم، وقال ابن كنانة: إن نكل عن اليمين حلف المدعى عليه وبرئ^٢، إلى أن يحسن حاله فيكون له أن يحلف مع شاهده، ويستحق حقه كالصغير إذا بلغ، ويعقل مع العاقلة ما لزم العاقلة، ثم قال: واختلف في شهادته إذا كان مثله لو طلب ماله أخذه، وهو عدل، فروى أشهب عن مالك أن شهادته جائزة، وقال أشهب: لا تجوز، وهو الذي يأتي على المشهور في مذهب مالك (14).

قلت: وكل عقد عقده عليه والده في حال ولايته، فهو نافذ، حتى يبلغ رشيدا، وكل ما أقر به عليه الأب فيما ولي من أمره، ونظر فيه، وإقراره جائز، وكل ما أقر به عليه من باب الغصب، والجنايات، فلا يجوز إقراره عليه به، وهو في ذلك شاهد، وكل ما وهب الوالد من مال ولده، أو تصدق به، فإنه غير جائز من فعله، معسرا كان، أو موسرا، ويرد إن كان قائما، فإن فات بيد الموهوب له، أو المتصدق عليه ضمن الأب القيمة، إن كان موسرا، وإن كان معسرا غرم الموهوب له، أو المتصدق

^١ سقط من ب قوله (وردت الصداق) .

^٢ (في مذهب ... وبرئ) سقط ذلك من ت .

أفعالها مردودة، غير جائزة، ما لم تبلغ المحيض، فإذا بلغته فلا يخلو أمرها من ثلاثة أحوال: أحدها أن تكون ذات أب، والثاني أن تكون ذات وصي، إما من أب أو من سلطان، والثالث أن تكون لا وصي عليها، من أب، ولا مقدم من سلطان، فأما ذات الأب فاختلف فيها على ثمانية أقوال: أحدها رواية زياد عن مالك أنها تخرج بالحيض عن ولاية أبيها. قال ابن رشد: ومعنى ذلك عندي إذا علم رشدتها، أو جهل حالها، وأما إن علم سفهها فهي باقية في الولاية، الثاني قول مالك في المدونة، وغيرها أنها في ولاية أبيها، حتى تتزوج، ويدخل بها زوجها، ويعرف من حالها، أي يشهد العدول على صلاح أمرها، فهي على هذا القول في ولايته، وأفعالها مردودة، وإن علم رشدتها، وإذا دخل بها زوجها حملت على السفه، وأقرت في ولايته، وردت أفعالها، ما لم يظهر رشدتها، فإن علم رشدتها، وظهر حسن حالها، جازت أفعالها، وخرجت من ولاية أبيها، وإن كان ذلك بقرب بناء زوجها عليها، إلا أن مالكا استحب في رواية مطرف عنه أن يؤخر أمرها العام، ونحوه، استحبابا من غير إيجاب، والثالث أنها في ولاية أبيها، ما لم تعنس، أو يدخل بها زوجها، ويعرف من حالها، فهي على هذه الرواية بعد التنعيس محمولة على الرشد، تجوز أفعالها، ما لم يعلم سفهها، وقبله مردودة أفعالها، وإن علم رشدتها، ولا يخلو إذا تزوجت أن يكون دخل بها زوجها قبل حد التنعيس، أو بعده، فإن دخل بها قبل حد التنعيس فهي من قبل أن تدخل إلى أن تبلغ حد التنعيس محمولة على السفه، حتى يتبين رشدتها، وقد اختلف في حد التنعيس، ف قيل أربعين، وقيل خمسين إلى ستين، ثم قال في هذا القول الثالث: إنه يتفرع عليه ثلاثة أقوال^١، والقول السادس إنها في ولاية أبيها، حتى تمر عليها سنة بعد دخول زوجها بها، وهو قول مطرف، والقول السابع أنها في ولاية أبيها، حتى يمر بها عامان، وهو قول ابن نافع، والقول الثامن أنها في ولاية أبيها، حتى يمر بها سبعة أعوام، وهذا القول يعزى لابن القاسم، وبه جرى العمل، وقال ابن أبي زمنين: إن الذي أدركت عليه الشيوخ إذا مضى عليها في بيت زوجها من الستة الأعوام إلى السبعة، ما لم يجدد الأب عليها السفه قبل ذلك، فقد خرجت من ولايته^٢ (١٣)، ثم قال: واختلف فيما فوته السفه من ماله، بالهبة، والعتيق،

^١ العبارة كما جاءت في فتاوى ابن رشد (فهذا القول الثالث يتفرع إلى ثلاثة أقوال على ما بيناه تمة خمسة أقوال). انظر الفتاوى ج ١ ص ٣٧٤

^٢ سقط من ت قوله (فقد خرجت من ولايته) .

رشده، ما لم يطلق من الحجر، هذا قول ابن زرب إن الوصي من قبل القاضي لا يطلق من الولاية إلا بإذن القاضي، وقد قيل إن إطلاقه عام، وإن لم يعرف رشده إلا بقوله، وقيل لا يجوز إطلاقه بغير إذن القاضي إلا أن يكون معروفا بالرشد، إذا عقد له بذلك عقدا، ضمنه معرفة شهوده الرشد، وأما وصي الأب فإطلاقه جائز، وهو مصدق فيما يذكر من حاله، وإن لم يعرف ذلك إلا من قوله، وقيل إن إطلاقه لا يجوز إلا أن يتبين حاله، ويعلم رشده، وهي رواية أصبغ، ثم قال: وقولنا إن أفعاله كلها مردودة وإن علم رشده، ما لم يطلق من ثقاف الحجر الذي لزمه، هذا هو المشهور من المذهب المعمول به، وقد قيل: إن حاله مع الوصي كحال مع الأب، وإنه يخرج من ولايته إذا علم رشده، أو جهل حاله، على الاختلاف المتقدم، وأما ابن القاسم فمذهبه أن الولاية لا يعتبر بثبوتها إذا علم الرشد، ولا بسقوطها إذا علم السفه؛ أعني في اليتيم، لا في البكر، وقد روى ابن وهب عن مالك مثل رواية ابن القاسم، وروى زونان (11) عن ابن القاسم أن من ثبتت عليه ولاية فلا تجوز أفعاله حتى يطلق منها، وإن ظهر رشده، مثل قول مالك (12)، ثم قال: فإن مات الأب، ولم يوص به إلى أحد، ولا قدم عليه السلطان وصيا، ولا ناظرا، ففي ذلك أربعة أقوال: أحدها قول مالك، وكبار أصحابه أن أفعاله كلها بعد البلوغ جائزة، نافذة، رشيدا كان، أو سفيا، معلنا بالسفه، أو غير معلن به، اتصل سفهه من حين بلوغه، أو سفه بعد أن أونس منه الرشد، من غير تفصيل في شيء من ذلك، الثاني قول مطرف، وابن الماجشون أنه إن كان متصل السفه من حين بلوغه فلا يجوز شيء من أفعاله، وإن حدث سفه بعد أن أونس منه الرشد، فأفعاله جائزة، ولازمة له، ما لم يكن يبيعه بيع خدعة، فلا يجوز ذلك عليه، ولا يتبع بالثمن إن أفسده^١، من غير تفصيل بين أن يكون معلنا به، أو غير معلن به، الثالث قول أصبغ أنه إن كان معلنا بالسفه فأفعاله غير جائزة، وإن لم يكن معلنا فأفعاله جائزة من غير تفصيل بين أن يتصل سفهه أم لا، الرابع قول ابن القاسم أنه ينظر إلى حاله يوم يبيعه، وابتياعه، فإن كان رشيدا جازت أفعاله، وإن كان سفيا لم يجز منها شيء، من غير تفصيل بين أن يتصل سفهه، أو لا يتصل، واتفق جميعهم أن أفعاله جائزة، لا يرد شيء منها، إذا جهل حاله، ولم يعلم سفهه، ولا رشده، ثم قال: وأما الابنة البكر فلا اختلاف أيضا بين أصحابنا أن

^١ سقط من ت قوله (إن أفسده) .

وحال البكر ذات الأب، واليتيمة التي لا وصي عليها إذا تزوجت، ودخل بها زوجها، من غير حد، ولا تفرقة بين ذات الأب، واليتيمة^١، على رواية ابن القاسم عن مالك، خلافاً لمن^٢ حد في ذلك حداً، أو فرق بين ذات الأب، واليتيمة، على ما سنذكره، ثم قال: وأما الحال التي يحكم له فيها بحكم الرشد ما لم يظهر سفهه؛ فمِنْهَا حال البكر المعنس على مذهب من يرى التعنيس، واختلف في حده، أو التي دخل بها زوجها، ومضى لدخوله بها العام، أو العاَمَان، أو السبعة الأعوام، على اختلاف في الحد المؤقت في ذلك، بين من وقته، أو حال الابن ذى الأب بعد بلوغه، والابنة البكر ذات الأب بعد بلوغها، على رواية ابن زياد عن مالك، ثم قال: ولا يخرج عن هذا التفصيل الذي فصلناه، وقسمناه على أربعة أقسام، شيء من الاختلاف الحاصل بين أصحابنا في هذا الباب، وأنا أذكر من ذلك ما حضر في حفظي، بالحصْر، وما أقدر عليه إن شاء الله تعالى، أما الابن فهو في ولاية أبيه ما دام صغيراً، لا يجوز له فعل إلا بإذنه، ولا هبة، ولا صدقة، وإن كان ذلك بإذنه، فإذا بلغ فلا يخلو أمره من ثلاثة أحوال: الأول أن يكون معلوم الرشد، الثاني أن يكون معلوم السفه، الثالث أن يكون مجهول الحال، لا يعلم رشده من سفهه، فأما إذا كان معلوماً بالرشد، فأفعاله جائزة، ليس للأب أن يرد شيئاً منها، وإن لم يشهد على إطلاقه من الولاية، فقد خرج منها ببلوغه، مع ما ظهر من رشده، وأما إن كان معلوماً بالسفه، فلا يخرج الاحتلام من ولاية أبيه، وأفعاله كلها مردودة، غير جائزة، وأما إن كان مجهول الحال، لا يعلم رشده من سفهه، فاختلف فيه على قولين: أحدهما أنه محمول على السفه حتى يتبين رشده، فيثبت، وهو نص رواية يحيى عن ابن القاسم، والثاني أنه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه، ويخرج بالاحتلام من ولاية أبيه، إذا لم يعلم سفهه، وإن لم يعرف رشده، روى ذلك زياد(10) عن مالك، واستحسن بعض الشيوخ أن لا يخرج من ولاية أبيه حتى يمر به بعد الاحتلام العام، ونحوه، وإلى هذا ذهب ابن العطار، ثم قال: وإن مات الأب وهو صغير، وأوصى عليه^٣، أو قدم عليه السلطان، فلا يخرج من ولاية وصي أبيه، أو مقدم السلطان حتى يخرجها منها وصيه، أو السلطان، إن كان الوصي مقدماً من قبله، وأفعاله كلها مردودة، وإن علم

^١ (التي لا وصي عليها... واليتيمة) سقط ذلك من خ ١.

^٢ سقط من ب قوله (خلافاً لمن).

^٣ سقط من خ ٢ قوله (وأوصى عليه).

وإن لم يكن له ولي قدم عليه ولي، ينظر له في ذلك، بوجه النظر، والاجتهاد، وإن غفل عن ذلك حتى ولي أمره كان له النظر في إنفاذ ذلك، أو رده، واختلف إذا كان فعله سداداً، ونظراً، مما كان يلزم الولي أن يفعله، هل له أن يرده إن آل الأمر إلى خلاف ذلك، بحوالة الأسواق، أو نماء، فيما باعه، أو نقصان فيما ابتاعه، أو ما أشبه ذلك، فالمشهور، المعلوم من المذهب أن ذلك له، قال ابن دبوس: وبه قال سحنون، وقيل إنه ليس له ذلك، وقال ابن دبوس: قال أصبغ، وغيره: ويلزمه ما أفسد، أو كسر في ماله، ما لم يؤتمن عليه، واختلف فيما أفسد، أو كسر، مما يؤتمن عليه، قال ابن دبوس: المشهور من المذهب أنه لا يلزمه، وقيل يلزمه، ولا يلزمه بعد بلوغ رشده عتق ما حلف بحريته، وحنث به في حال صغره^١، واختلف فيما حلف به في حال صغره، وحنث به في حال رشده، فالمشهور أنه لا يلزمه، وقال ابن كنانة: ذلك يلزمه، ولا يلزمه يمين فيما ادعى عليه فيه، واختلف إذا كان له شاهد واحد، هل يحلف مع شاهده، أم لا؟ المشهور أنه لا يحلف، ويحلف المدعى عليه، فإن نكل غرم، ولم يكن على الصغير يمين إذا بلغ، وإن حلف برئ إلى بلوغ الصغير، فإذا بلغ حلف، وأخذ حقه، فإن نكل لم يكن له شيء، ولا يحلف المدعى عليه ثانية، وقد روي عن مالك أنه يحلف مع شاهده، ولا شيء عليه فيما بينه وبين الله عز وجل. من الحقوق، والأحكام، لقوله عليه الصلاة والسلام (رفع القلم عن ثلاثة) (٨)، فذكر الصبي حتى يحتلم (٩)، ثم قال ابن رشد: ومنها حال البكر ذات الأب، أو الوصي، ما لم تعنس على مذهب من اعتبر التعنيس^٢، وقد اختلف في حده على ما سنذكره بعد إن شاء الله تعالى، أو ما لم تتزوج، ويدخل بها زوجها على مذهب من لا يعتبر تعنيسها، ومنها حال من ثبتت عليه ولاية من قبل أبيه، أو من قبل السلطان، حتى يطلق منها على قول مالك، وكبراء أصحابه خلافاً لابن القاسم، ثم قال: وأما الحال التي يحكم له فيها بحكم الرشد وإن علم سفهه؛ فمنها حال السفه إذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه، ولا من قبل السلطان، على مذهب مالك، وكبراء أصحابه خلافاً لابن القاسم أيضاً، وحال البكر اليتيمة إذا لم تكن في ولاية، على مذهب سحنون، ثم قال: وأما الحال التي يحكم له فيها بحكم السفه ما لم يظهر رشده؛ فمنها حال الابن بعد بلوغه في حياة أبيه، على المشهور من المذهب،

^١ (وقيل يلزمه ... في حال صغره) سقط ذلك من خ ٢ .

^٢ (ومنها حال البكر ... من اعتبر التعنيس) سقط ذلك من خ ٢ .

شأنها^١ من قدرها(5)، وهي جناية، فيؤخذ ذلك من ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال أتبع به دينا متى أيسر، وذلك إذا قامت عليه بذلك بينة، ثم قال: واختلف في السفه إذا مثل بعبدته، فقال ابن القاسم: لا يعتق عليه: وقال ابن وهب: يعتق عليه، وقالوا: إذا أعتق أم ولده تبعها مالها، وأما العقل فمحله القلب، قال ابن دبوس، لقوله عز وجل: [لَهُمْ قُلُوبٌ لَا يَفْقَهُونَ بِهَا](6)، وحده علوم يتميز بها من وصف بها من البهيمة، والمجنون، وهي العلم بأن الاثنين أكثر من الواحد، وأن الضدين لا يجتمعان، وأن السماء فوقنا، والأرض تحتنا، وما أشبه ذلك، ثم قال: فحد البلوغ كمال العقل بصفات تدرك معرفتها بأدنى حظ من النظر، والاستدلال، وأما الرشد فحده حسن النظر في المال، ووضع الأمور في مواضعها، واختلف هل من شرط كماله الصلاح في الدين، أم لا؟ على قولين، وهو مما يخفى، ولا تدرك معرفته إلا بطول الاختبار في المال، والتجربة له فيه، ولهذا المعنى وقع الاختلاف بين أهل العلم في الحد الذي يحكم للإنسان فيه بحد الرشد، ويدفع إليه ماله، ويمكن من التصرف فيه، ثم قال: والاختلاف في هذا إنما هو على حسب الأحوال، وهي تنقسم على أربعة أقسام: حال الأغلب من صاحبها السفه، فيحكم له فيها بحكمه، وإن ظهر رشده، وحال الأغلب من صاحبها الرشد، فيحكم له فيها بحكمه، وإن علم سفهه، وحال محتملة للرشد، والسفه، والأظهر فيها السفه، فيحكم له فيها بحكمه، ما لم يظهر رشده^٢، وحال محتملة للرشد، والسفه، والأظهر من صاحبها الرشد^٣، فيحكم له به، ما لم يظهر سفهه، على اختلاف كثير بين أصحابنا في بعض هذه الأقسام(7)، ثم قال رحمه الله تعالى: فأما الحال التي يحكم له فيها بحكم السفه، وإن ظهر رشده، فمنها حال الصغير، لا اختلاف بين مالك، وأصحابه أن الصغير الذي لم يبلغ الحلم من الرجال، أو المحيض من النساء، لا يجوز له في ماله معروف؛ من هبة، ولا صدقة، ولا عتق، وإن أذن له في ذلك الأب، أو الوصي، إن كان ذا أب، أو وصي، وإن باع، أو ابتاع، أو فعل ما يشبه البيع، أو الشراء، مما يخرج على عوض، ولا يقصد به إلى فعل معروف، كان موقوفا على نظر وليه، إن كان له ولي، فإن رآه سدادا، وغبطة أجازه، وأنفذه، وإن رآه بخلاف ذلك رده، وأبطله،

^١ سقط من ب، خ قوله (ما شأها) .

^٢ (وإن علم سفهه ... ما لم يظهر رشده) سقط ذلك من خ ٢ .

^٣ (وإن علم سفهه ... والأظهر من صاحبها الرشد) سقط ذلك من ب .

نوع آخر في أحكام المحاجير والأصاغر

قلت: قال القاضي أبو الوليد ابن رشد رحمه الله في أجوبته: سألت وفقنا الله وإياك عن الحد الذي يجوز للإنسان بالبلوغ إليه التصرف في ماله، ويرتفع عنه الحجر فيه، ذكرنا كان، أو أنثى، بكرًا كان، أو ثيبًا، يتامى مولى عليهم، أو مهملين بغير ولاية، وأحكام أفعالهم في جميع أحوالهم، فأنا أبين لك ذلك مخلصًا بمنتهى طاقتي إنشاء الله لا رب غيره، اعلم أن التصرف لا يصح للإنسان في ماله إلا بأربعة أوصاف. وهي البلوغ، والحرية، وكمال العقل، وبلوغ الرشد، فأما اشتراط الحرية في ذلك فلا أن العبد لا يملك ماله ملكًا مستقرًا؛ إذ لسيده انتزاعه منه، فهو محجور عليه فيه، لحق المالك، وأما اشتراط الرشد؛ فلا أن الله تعالى جعل الأموال قوام العيش، وسببًا للحياة، وصلاحًا للدين، والدنيا، ونهى عن إضاعتها، وتبديرها، في غير حق؛ نظرًا منه لعباده، ورأفة بهم، فقال تعالى: [وَلَا تُبْدِرْ تَبْدِيرًا إِنَّ الْمُبْدِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيَاطِينِ] (1)، وقال تعالى [وَالَّذِينَ إِذَا أَذْقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا] (2)، وأما اشتراط البلوغ، وكمال العقل في ذلك، فلا أنهما جميعًا مشترطان في صحة الرشد، وكماله؛ إذ لا يصح رشد من صغير، لضعف عقله، وميزه بوجوه منافع، ولا من مجنون؛ لسقوط ميزه، وذهاب رأيه، فوجب الاحتياط؛ خشية الإضاعة لها، امتثالًا لأمر الله تعالى فيها، ثم قال: فأما البلوغ فحده الاحتلام في الرجال، والمحيض في النساء، قال ابن دبوس: والحمل من البلوغ أيضًا، أو أن يبلغ أحدهما من السن أقصى سن من لم يحتلم، واختلف فيه من خمسة عشر عامًا، إلى ثمانية عشر عامًا، واختلف قول مالك في من وجب عليه حد، وقد أنبت (3)، ولم يبلغ أقصى سن من لم يحتلم، فادعى أنه لم يحتلم، هل يصدق فيما ادعاه، أو يقام عليه الحد بما ظهر من إنباته، على قولين، الأصح منهما تصديقه، وأن لا يقام عليه الحد بالشك في احتلامه، ولا اختلاف عندي أنه لا يعتبر بالإنبات فيما بينه وبين الله عز وجل من الأحكام (4)، وقال ابن دبوس: قال ابن حبيب في الغلام الذي لم يحتلم، يدفع الجارية البكر فتسقط عذرتها: فعليه ما

^١ سقط من خ ١، خ ٢ قوله (بكرًا كان أو ثيبًا) .

يزرعها، إلا أن يقول أهل البصر: إن بقاء الماء عليها ينقص من غلتها، فيحط عنه بقدر ذلك، وكذلك إذا زرعت أرض المطر ثم قحط الزرع، فلا كراء على المكتري، وإن تلف بعضه، وسلم بعضه كان عليه من الكراء بحسب ما سلم، إن كان^١ الذي حصده له خطر، وبال، وإلا فلا شيء له، قال بعض المتأخرين: إن رفع ما بذر لا زيادة فيه (١١)، فلا كراء عليه. انظر ابن عبد الرفيغ. وقال صاحب الطرر (١٢) عن ابن عبد الغفور (١٣) أنه قال: رأيت تفسيره أنه إن رفع ما بذر بلا زيادة فلا يلزمه شيء؛ لأنه لم ينتفع، ولو قال قائل إنه لا يلزمه في الحبتين شيء لكان عندي مصيباً؛ لأنه أيضاً لم ينتفع؛ لأنه لزمه في كلفة الحرث، والزراعة، والحصاد، والدرس أكثر من ذلك، وقال في الوثائق المجموعة، في تفسير ما يحط بسبب الجائحة: ينظر إلى تلك الأرض، فيقال كم يجيء فيها على التوسط، وحمل السنين بعضها على بعض، فإن قيل يجيء للحبة ست حبات على التوسط، فإن رفع ست حبات^٢ فعليه الكراء كاملاً، وإن رفع حبتين لزمه ثلث الكراء، وإن رفع حبة لزمه السدس، قلت: هذا خلاف ما تقدم لنا عن ابن عبد الرفيغ، والطرر؛ لأنه جعل في السدس بحسابه، والسدس هو الزريعة. فانظره. فالذي تعتبر فيه الجائحة في الأرض هو القحط، والدود، والفار، قال اللخمي: كان ذلك في إبان الحراثة، أو بعده. قال الباجي: وكذلك الجراد إذا باضت في الأرض فمئنته الحرث في إبان الحراثة خيفة أن يؤدي ما يخرج منها.

^١ في ب، ت، خ (أو كان)

^٢ (على التوسط ... ست حبات) سقط ذلك من خ ١.

بسوادها، وتقوم من غير سواد، وما بين القيمتين ينسب، أو تقوم الثمرة على الرجاء، والخوف، ويسقط منها أجرة السقي، والعلاج، ويحفظ الباقي، ثم يقوم ما يرجى في الأرض من بطونها، ويسقط من تلك القيم ما ينفي في تلك البطون، ويحفظ الباقي ويجمع إلى المحفوظ الأول، وينسب المحفوظ الأول من مجموع^١ المحفوظين، فإن كانت تلك النسبة الثلث، فأقل جاز الكراء بها، وإن كان أكثر لم يجز، وفي كلامه بحث آخر، في نسبة الباقي من الثمرة من كراء الأرض مجردا، ليس ذلك أيضا بيبين، والصواب على تسليم قيمته أن يجمع قيمة كراء الأرض إلى الباقي من قيمة الثمرة بعد إسقاط السقي، والعلاج، وينسب بقية قيمة الثمرة من المجموع. فانظره، وتدبره، قلت: وأما ما سلك من اعتبار الثلث فهو المشهور من قولي مالك فيه.

فإن تداعى رجل مع آخر في كراء أرض فقال المدعي لربها: أكرتها لي بكدا، وأنكر ربها، وذلك بعد أن زرعها المدعي، ما يكون حكمها؟ قلت: قال ابن عبد الرفيح: إن علم رب الأرض بزراعتها، وسكت كان له ما أقر به الزارع، مع يمينه، سواء فات إبان الزراعة، أو لم يفت، وإن لم يعلم حلف أنه ما أكرها له بما ذكر^٢، ثم ينظر بعد يمينه الإبان: إما أن يكون قد خرج، أو يكون لم يخرج، فإن كان لم يخرج الإبان كان لرب الأرض قلعه، إذا كان للزارع في قلعه منفعة، ولا يجوز لرب الأرض أن يأخذه بقيمته مقلوعا، هذا هو المعروف من المذهب، ووقع لأبي إسحاق التونسي غير هذا، قلت: وهو أن يأخذه بقيمته مقلوعا، واستحسنه اللخمي، وإن خرج الإبان كان لرب الأرض كراء المثل، أو ما أقر به الزارع، قلت: وإن أحب صاحب الأرض أن يضر الحارث حيث لم يكن له في قلعه منفعة، أو قبل بروزه من الأرض لم يجز، قاله اللخمي، ثم قال: ويجري على قولين فيمن خير بين شيين.

فإن اكترى رجل من آخر أرضا لحراثة سنة بعينها، ثم استعذرت الأرض (10) في إبان الزراعة، ولم يزل الإستعداد عنها حتى خرج الإبان، سقط الكراء عن المكتري، وإن استعذرت^٣ بعد خروج الإبان لزم الكراء للمكتري، ولا قيام له، كما لو أجيحت ببرد، أو جراد، سواء زرعها قبل ذلك، أو لم

^١ سقط من ب قوله (مجموع) .

^٢ سقط من خ ١ ، خ ٢ ، س قوله (له بما ذكر) .

^٣ (في إبان الزراعة ... وإن استعذرت) سقط ذلك من خ ١ .

النقد فيها، والثالث وجوب النقد فيها: فأما جواز عقد الكراء^١ فيها فإنه جائز على مذهب ابن القاسم في المدونة فيها كلها جملة^٢ من غير تفصيل، وهي في جواز النقد عنده على قسمين: مأمونة، وغير مأمونة، فما كان منها مأمونا كأرض النيل، وأرض المطر المأمونة، وأرض السقي بالأنهار، والعيون الثابتة، والآبار المعينة، فالنقد فيها للأعوام الكثيرة جائز، وما كان منها غير مأمون فلا يجوز النقد فيه إلا بعد أن تروى، ويتمكن من الحرث؛ كانت من أرض النيل، أو المطر، أو السقي بالعيون، والآبار، وتنقسم في وجوب النقد فيها على قسمين: أحدهما أرض النيل، والثاني أرض المطر، والسقي، فأما أرض النيل فيجب النقد فيها عنده إذا رويت؛ لأنها لا تحتاج إلى سقي فيما يستقبل^٣، وأما أرض السقي، والمطر، فلا يجب على المكثري فيها دفع الكراء حتى ينمو الزرع^٤، ويستغني عن الماء، ووافق ابن الماجشون ابن القاسم في أرض النيل، وفي أرض السقي غير المأمونة، وخالفه في أرض السقي إذا كانت مأمونة، فجعلها كأرض النيل يجب فيها الكراء نقدا إذا رويت، فأرض النيل لا خلاف في وجوب نقد الكراء فيها بالري، وأرض المطر، والسقي غير المأمون، لا خلاف أن الكراء لا يجب فيها بالري، وإنما يجب إذا سلم الزرع، واستغنى عن الماء، واختلف في أرض السقي المأمون، فجعلها ابن الماجشون كأرض النيل، وبه استمر العمل، وجعلها ابن القاسم كأرض المطر، والسقي غير المأمون(٩).

فإن كان في الأرض شجر تبع لبياضها جاز اشتراط المكثري لها، وبماذا يعلم هل السواد بحكم التبع، أم لا؟ قال الجزيري: بأن يقدر كراء بياضها دون سواد، ثم يقدر قيمة ثمرة السواد على التوسط مما عرف منها، ثم يحط منها قيمة السقي، والعلاج، فما بقي إن وقع من كراء البياض مجردا، الثلث^٥ فأقل جاز، ولا جائحة فيها. انظر الجزيري.

ولم يزل يقع بيني وبين شيخي الفقيه القوري في هذه القيمة التي سلك الجزيري بحث، في أن الجزيري اعتبر قيمة الأرض دون سوادها، واعتبر الثمرة، والذي كان يليق بالمسألة أن تقوم الأرض

^١ في ب (جواز النقد فيها) .

^٢ في ب (محسة) .

^٣ سقط من ت قوله (فيما يستقبل) .

^٤ في ت (يتم السقي)

^٥ سقط من ت قوله (الثلث) .

نوع آخر في كراء الأرض

قلت: الأصل فيه من القرآن قوله عز وجل [أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ أَأُنْثُتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ لَوْ نَشَاءُ لَجَعَلْنَاهُ حُطَامًا فَظَلْتُمْ تَفَكَّهُونَ ... الآية]^(١) وقوله عز وجل [أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا نَسُوقُ الْمَاءَ إِلَى الْأَرْضِ الْجُرُزِ فَنُخْرِجُ بِهِ زَرْعًا تَأْكُلُ مِنْهُ أَنْعَامُهُمْ وَأَنْفُسُهُمْ أَفَلَا يُبْصِرُونَ]^(٢).

قال ابن رشد: فلما كان النبات الذي يخرج من الأرض، وينبت فيها ليس بقدره آدمي، ولا لزاعه فيها عمل، ولا كسب، وإنما الله تبارك وتعالى هو الذي يخرج من الأرض، وينبته فيها، وينقله بقدرته من حال إلى حال، حتى يصير إلى حد الانتفاع به، رحمة منه عز وجل بعباده، لم يجز لذلك كراء الأرض بشيء مما يخرج منها، وإن لم يؤكل، ولا بشيء من الطعام، وإن لم يخرج منها؛ لأنه إن كان الذي أكرى به طعاما فإنما أعطى المكتري صاحب الأرض طعاما على أن يأخذ ما ينبت الله تعالى في أرضه بعلاجه، وعمله، فيدخله الطعام بالطعام إلى أجل، مع التفاضل بما لا يصلح فيه التفاضل، ومع الغرر^١، وإن لم يكن طعاما وكان مثل الكتان، والقطن، وما أشبه ذلك، دخله المزابنة^(٣)، وكان ذلك من المخابرة، التي نهى سيد المرسلين عنها صلى الله عليه وسلم^(٤)، وجاز بما سوى ذلك، من الدنانير، والدراهم، والعروض، والحيوان، المعينة، والموصوفة، هذا قول مالك، وأكثر أصحابه^(٥)، ولا يجوز عنده كراؤها بما تنبت، وقد أجاز جماعة من أهل العلم كراؤها بالجزء منها، على حديث مساقاة النبي صلى الله عليه وسلم يهود خيبر^(٦)، على الشرط^١، وهو قول جماعة من أهل العلم، وبه قال الليث^(٧)، وأخذ به أكثر الأندلسيين، وهي إحدى المسائل التي خالفوا فيها مالكا، ومنها الحكم بعدم الخلطة، ومنها الحكم بالشاهد، واليمين، وذلك كله على مذهب الليث، وأجازوا غرس الشجرة في المسجد، على مذهب الأوزاعي^(٨). انظر الغرناطي، ثم قال ابن رشد: اعلم أن الأرضين على ثلاثة أصناف: أرض نيل، وأرض مطر، وأرض سقي بالأنهار، والعيون، والآبار، والكلام في حكمها على ثلاثة أوجه: أحدها جواز عقد الكراء فيها، والثاني جواز

^١ سقط من ب قوله (ومع الغرر).

^٢ عبارة ابن رشد في المقدمات (على شرط ما يخرج من ذلك). انظر المقدمات ج ٢ ص ٢٢٦.

فيسكن أربعة أشهر منها مثلاً، وينقطع الماء، ويبقى مقطوعاً ثلاثة أشهر، ثم يرجع، ويقول المكري:
 إنما انقطع بعد مضي ثمانية أشهر^١، أو بقي مقطوعاً شهراً فقط، فيكون القول قول صاحب الأرحا
 عند ابن القاسم مع يمينه؛ لأن الساكن مدعى عليه في انقطاعه ثلاثة أشهر، فلا يصدق في إسقاط
 الكراء عنه بدعواه، وأما لو اتفقا على انقطاع ماء الأرحا في أي شهر كان، واختلفا متى عاد، لكان
 القول قول المكري مع يمينه، قال ابن يونس: ولا يختلف في هذا، لأن رب الأرحا أقر بالانقطاع
 للماء، وسقوط الكراء عن المكري، ويدعي إيجاب الكراء عليه بعودة الماء. انظر اللخمي وابن
 يونس.

^١ سقط من ب قوله (ثمانية أشهر) .

فإن كان المكتري فندقا، أو رحا، وتنازع المكري مع المكتري في قلة الوارد لسكنى الفندق، أو الطحن في الأرحا، وقلة ذلك إما لفتنة، أو مجاعة، أو وباء، وكذلك انقطاع الماء عن الأرحا، هل للمكتري في ذلك مقال، أم لا؟ قلت: قال ابن حبيب: إن انقطع الماء عن الأرحا، أو أصاب أهل ذلك الموضع فتنة، فجلوا عن منازلهم، وجلا هذا المكتري، أو أقام آمنا، إلا أنه لا يغشاه الناس، فذلك عذر يفسخ به الكراء، ثم قال: وكذلك إذا انقطع الطعام لجائحة، كقوله في كراء الأرضين فيمن اكرى أرضا فلم يجد بذرا، أو سجنه السلطان، أن الكراء له لازم، إلا أن ينقطع البذر، ولا يوجد بالكلية. وقال ابن رشد في أجوبته: وإن قل الواردون من البلاد لسكنى الفنادق؛ من فتنة، أو خوف حدث في الطريق، وما أشبه ذلك، أو قل الواردون للطحن في الأرحا المكترة، لجذب أصاب أهل ذلك المكان، أو ما أشبه ذلك، كان ذلك عيبا يوجب الخيار للمكتري بين أن يتمسك بكرائه، أو يرد، ويفسخ عن نفسه، فإن سكت ولم يقم حتى مضت المدة، أو بعضها لزمه جميع الكراء، ولا يسقط عنه الكراء إلا بجلاء أهل ذلك الموضع عنه، حتى تبقى الرحا معطلة، لا يطحن فيها أحد، والفندق خال لم يسكن، ولا يلزم المكري إذا قل الوارد أن يحط عن المكتري من الكراء بقدر ما نقص بسبب قلة الوارد، وإنما يجب بسبب ذلك للمكتري التخيير على ما وصفنا، وليس لمكتري الحوانيت مقال بقلة التجارة لضعف الناس، أو لكساد حدث بهم، ولا يعد ذلك جائحة، فإن كانت الحوانيت للأحباس، ورأى القاضي أن يحط عن المكترين من الكراء^١ على وجه الاستئلاف جاز ذلك، ولا بأس أن يفعل ذلك الملاك في أملاكهم، لما لهم في ذلك من الأجر العظيم، والله لا يضيع أجر من أحسن عملا(14).

قلت: فإن رجع ماء الأرحا في بقية المدة لزمه الكراء في باقي المدة، قال اللخمي: إلا أن يكون المكتري بعد الفسخ عقد موضعا غيره، فيمضي الفسخ، وإن عاد الماء قبل أن يتفاسخا عن قرب بقي الكراء على حاله، فإن عاد عن بعد جرت على قولين، هل ذلك فسخ، أو حتى يفسخ، وإن اختلفا في أمد انقطاع الماء عن الأرحا، فقال ربها: عشرون يوما، وقال المكتري: بل شهر صدق رب الأرحا، قال بعض القرويين: هذا إذا اختلفا في ابتداء الانقطاع، مثل أن يكري منه في أول السنة،

^١ سقط من خ ١ قوله (فيمن اكرى أرضا) .

^٢ سقط من خ ١ قوله (من الكراء) .

من الدار حتى خلا شهر محرم، وليس لك عندي غير صفر خاصة، فلم يوافق على ذلك المكري، القول قول من هو منهما؟ قلت: قال المتيطي: القول قول المكثري أنه ما سكن مع يمينه، إلا أن يقيم رب الدار البينة، قال بعض المتأخرين: وليس إخلاء الدار تمكينا، إلا أن يقول المكثري خذها، وقال مالك في رواية ابن الماجشون: رب الدار مصدق مع يمينه، قال بعض الموثقين: وبالأول القضاء.

ولا ينتقض الكراء بموت أحد المتكاريين، وإنما الخلاف في الكراء^١، هل يحل على المكثري بموته، أم لا؟ قال اللخمي: الظاهر من قول مالك، وابن القاسم أنه يحل، وقال ابن القصار: إذا مات الغريم قبل الأجل انتقل الدين^٢ إلى تركته، فإن ضمنه الورثة تعلق بدمتهم، وإن لم يضمنوه قضى به من التركة، قلت: ففي الكراء الذي لم تقبض فيه المنافع يكون عند ابن القصار أخرى. ولا يبيع المكري الدار لا للمكثري ولا لغيره، فإن اشتراها المكثري من ربها بعد أن سكن بعض المدة وقد كان دفع وجيبة المدة كلها، فقال المتيطي: قال أبو بكر ابن عبد الرحمن: شراء المكثري لها عندي جائز، وهو فسخ للكراء.

فإن كان المكثري حانوتا، وتنازع المكثري والمكري في الصناعة التي تعمل فيها، هل للمكري في ذلك مقال، أم لا؟ قلت: الحانوت المكترة لا يخلو حال السوق الذي هي فيه: إما أن يكون معدا لصناعة مخصوصة، أو مشتركا بين صناعات، فإن كان معدا لصناعة مخصوصة^٣ فالقول قول مدعي تلك الصناعة، وإن كان مشتركا بين صناعات، فغير ابن القاسم في المدونة لا يجيز ذلك العقد حتى يعين العمل الذي يعمل فيه، وقال ابن القاسم فيها فيمن أكرى حانوتا ممن لا تعلم صناعته فإذا هو جزار يقدره، فإن له منعه، وإن لم يضر ببناؤه(12)، قال أبو عمران: ظاهر قول الغير خلاف، قلت: بيان الخلاف بينهما أن العقد عند ابن القاسم جائز، وله منعه إن كان مما يضر بالحنوت، والغير العقد عنده فاسد، يفسخ لعدم تعيين ما يعمل فيه(13).

^١ سقط من ب قوله (الكراء) .

^٢ سقط من ب قوله (الدين) .

^٣ (أو مشتركا ... مخصوصة) سقط ذلك من ب .

وقال اللخمي: يجبر رب الدار على الإصلاح في ثلاثة مواضع: الأول منها إذا كان الإصلاح يسيرا، الثاني إذا كان كثيرا، ويعلم أن صاحبه لا يدع إصلاحه في تلك المدة، والثالث إذا علم أنه لا يستغني عن الإصلاح في تلك المدة التي اكترى فيها، وإن كان الهدم في بيت صغير من الدار حط عن المكتري من الكراء ما نابه، وإن أصلح رب الدار ما انهدم منها قبل خروج المكتري منها لزمه الكراء، ولم يكن له الخروج، فإن أصلحها ربها بعد خروج المكتري لم يكن له رجوع إلا برضاها، ولا يلزم رب الدار إصلاح هطل السقوف في قول ابن القاسم، وللمكتري الخيار، وخالفه غيره، فالزمه الإصلاح، وأخذ به سحنون، قال الجزيري: وبه العمل، ومتى لم يقيم المكتري بذلك كله حتى انقضت المدة، لزمه جميع الكراء، قليلا كان الهدم، أو كثيرا في قول ابن القاسم في الكتاب، خلاف رواية عيسى عنه في العتبية، إلا في انهدام البيت منها، كما تقدم. انظر الجزيري. فإن قدم المكتري كراء شهرين، فلما سكن الشهر الأول من المدة التي وقع الكراء بينهما إليها، طلب المكري من المكتري كراءه، فقال له المكتري: قدمت إليك كراء شهرين، وهما الأولان من أشهر السنة، وقال له المكري: بل هما الأخيران من السنة، حكمها أن يفض الكراء على أشهر السنة، فيقع الحساب بما ينوب كل شهر فيحط عن المكتري. قلت: وظاهر نصوصهم أن الكراء يفض من غير يمين من المكري، والمكتري، والصواب أن يتحالفا، ويتفاسخا في باقي المدة، ويكون في المدة الماضية كراء المثل، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما. فانظره.

فإن اكترى الدار، وغلقها، وطلبه ربها بسكنائها، واحتج ربها بأن غلقها فيه ضرر بها، فهل لربها فيه مقال، أم لا؟ قلت: قال ابن القاسم في المختصر الكبير: (10) إن غلقها المكتري وخرج فذلك له، وليس لصاحب الدار أن يقول له تخربها علي، وقال ابن عبد البر في الكافي: القول قول رب الدار، وليس للمكتري أن يغلق الدار (11).

فإن عقد المكتري الكراء في الدار لسنة معلومة، وكان العقد وقع بينهما في أول شهر محرم منها، فلما خلا شهر صفر طلب رب الدار من المكتري كراء محرم، وصفر، فقال له المكتري: لم تمكيني

^١ (والثالث ... في تلك المدة) سقط ذلك من خ ٢.

الكراء كاملا، أم لا؟ قلت: حكمها قال ابن رشد في تكلمه على أول مسألة من سماع عيسى: إذا
 انهدم من الدار ما هو وجهها، أن المكتري مخير بين أن يسكن بجميع الكراء، أو يخرج، فإن أراد
 أن يسكن على أن يحط عنه ما ينوب الذي انهدم، لم يكن له ذلك، وإن بنى المكري الدار قبل
 أن يخرج المكتري منها لزمه الكراء، ولم يكن له أن يخرج، وإن بناها ربها بعد أن خرج، لم يكن
 عليه أن يرجع إليها إلا أن يشاء، وإن سكت، وسكن، والدار منهدة لزمه جميع الكراء، هذا على
 مذهب ابن القاسم، وروايته في المدونة (7)، قلت: فما قرر ابن رشد يشهد أن المكتري في هذه
 المسألة يلزمه الكراء كاملا، وأما ما بناه، فقال ابن القاسم فيه: ليس له إلا قيمته منقوضا، قال في
 المدونة: وما بناه بأمر رب الدار، أو بغير أمره من غير الكراء، فما كان لنقضه قيمة فرب الدار أن
 يعطيه قيمته مقلوعا، وليس للمكتري أن يأبى ذلك، فإن لم يكن في نقضه ما ينتفع به، مثل الحص،
 والتزويق، والتراب، فليس له فيه شيء (8)، قلت: وقد تقدم من تقويم البناء منقوضا في البيوع
 مستوفى. فانظره هناك، قال الشيخ الزرويلي: وقال ابن حبيب: ما بناه فيها بإذن ربها له قيمته
 قائما، وما عمله بغير إذن ربها فله قيمته مقلوعا، قاله مطرف، وابن الماجشون، وروياه عن مالك،
 وأنكر قول إذن ربها فله قيمته مقلوعا، وقال ابن القاسم في هذه المسألة، في السماع المذكور:
 يكون لصاحب الدار من الكراء بقدر ما سكن المتكاري قبل أن تنهدم، ويكون له كراء العرصة فيما
 بعد الهدم، قال ابن رشد: هذا خلاف مذهبه في المدونة. فانظره (9)، فتحصل في مسألتنا قولان:
 أحدهما أن المكري يأخذ من المكتري كراءه كاملا، ويعطي قيمة ما له قيمة من البنيان منقوضا،
 والثاني أنه يأخذ كراء الشهرين سالمين، وكراء العرصة في عشرة أشهر، ويعطي قيمة ما له قيمة من
 البنيان منقوضا.

قلت: فالهدم في الدار المكتراة لا يخلو: إما أن يكون كثيرا، وإما أن يكون يسيرا، فإن كان كثيرا
 يفسخ الكراء، إلا أن يرضى المكتري بما بقي بجميع الوجيبة، وإن كان يسيرا لا يضر بالمكتري فلا
 كلام له، ويؤدي جميع الكراء، إلا أن ينقص الهدم من قيمة الكراء، فيحط عنه بقدره إن قام به
 حينئذ، فإن سكت حتى انقضت المدة لم يحط عنه شيء، ولا يجبر رب الدار على إصلاح الدار،

^١ لا يستقيم المعنى في هذه الجملة إلا بإضافة عبارة (وما عمله بغير) بعد قوله (وأنكر قول).

^٢ سقط من خ ٢ قوله (وإما أن يكون يسيرا فإن كان).

الشهر، أو في وسطه، ويؤدي من الكراء بحساب ما سكن، ولا يلزم واحدا منهما الكراء في الشهر الأول، ولا فيما بعده، إلا أن يعجل الكراء، وهذا على مذهب ابن القاسم، ومذهب ابن الماجشون إلى أنهما يلزمهما الكراء في الشهر الأول، إذا قال الشهر بكذا، أو في كل شهر بكذا، وكذلك مذهبه السنة الأولى، وروي ابن أبي أويس (4) عن مالك في البيوت التي تكرر شهرا بشهر، فيخرج قبل ذلك، أن كراء ذلك الشهر عليه، وإنما يكون عليه بحساب ما سكن إذا تكرر كل يوم بدرهم، ثم قال: ففي كراء الدار مشاهرة ثلاثة أقوال: أحدها لا يلزم الشهر الأول، ولا ما بعده، الثاني أنه يلزمه في الأول، ولا يلزمه في غيره، الثالث أنه يلزمه في كل شهر سكن بعضه (5). قلت: قال اللخمي: ما لم تكن عادة بذلك، كالذي يكرى المطمر ليظمر فيها قمحا، أو شعيرا كل شهر، أو كل سنة بكذا، فليس للمكري أن يخرج^١ه إلى أن تتغير الأسواق^٢، إلى ما العادة أنه يباع^٣ في مثله، وإن لم يبع كان للآخر أن يخرج^١ه، قال: وهذه كانت العادة.

فإن كان اختلافهما في دفع الكراء، فقال رب الدار: لم تدفع لي من ماضي المدة شيئا، وقال المكثري: دفعت إليك كراء ما مضى من المدة، القول قول من هو منهما! قلت: قال ابن رشد في تكلمه على الثانية من رسم يوصي، من سماع عيسى: إن العرف عندنا أن القول قول المكثري في دفع كراء ما مضى من الأشهر، والقول قول رب الدار في الشهر الأخير، ما لم يطل الأمر بعد انقضائه (6)، قلت: والعرف بفاس من حين أدركناه في حياة الفقيه العبدوسي إلى عام سبعة وثمانين وثمانمائة، أن القول قول المكثري في سالف المدة، ما عدا شهرين من آخرها، فإن القول فيها قول المكثري.

فإن كان اختلافهما في دار اكتراها رجل من آخر سنة، وغاب المكثري، وتهدم جل الدار، حتى كادت تنقطع منفعتها، وقد كان المكثري سكن قبل الهدم شهرين، فقام المكثري، وبنائها من ماله، وسكن السنة، فلما تمت السنة جاء رب الدار، وطلب الكراء، فقال المكثري لربها: انهدمت وبنيتها بعد مضي شهرين من المدة، هل يلزم رب الدار قيمة ما بنى المكثري، أم لا؟ وهل يعطي المكثري

^١ سقط من ت قوله (فليس للمكري أن يخرج) .

^٢ سقط من ب ، ت ، خ قوله (الأسواق)

^٣ في ت (يبلغ) .

رددتها إليك بعد مضي شهر من العام، ونزلت فيها، وقال المكثري: بل بعد مضي شهرين منه رددتها إلي، كان القول قول المكثري مع يمينه، إذا لم تقم لربها بينة بردها.

قلت: وإن كان اختلافهما في السكنى في أي وقت كان، مثل أن يكون العقد وقع بينهما في أول شهر محرم، فيقول المكثري: إنما قبضتها، وسكنتها، في أول شهر ربيع النبوي، ويقول المكثري: قبضتها، وسكنتها حين العقد، قال المتيطي: القول قول المكثري، أنه ما سكن إلا من ربيع، ويحلف، إلا أن يقيم المكثري البينة أنه سكن في تاريخ الكراء، وروى ابن الماجشون عن مالك أن القول قول المكثري مع يمينه، قال بعض المؤقتين: وبالأول القضاء.

قلت: فإن كان اختلافهما في المدة؟ فقال ابن رشد: المدة تتعين بأربعة ألفاظ: أحدها أن يقول: أكتري منك هذه الدار شهر كذا، أو سنة كذا، والثاني أن يقول: أكتري منك هذا الشهر، أو هذه السنة، والثالث أن يقول: أكتري منك هذه الدار شهرا، أو سنة، والرابع أن يقول: أكتري منك إلى وقت كذا، فأما الأول فلا يحتاج إلى تفسير، وأما الثاني إذا قال هذا الشهر، وكان ذلك في أول الهلال، لزمه الكراء في ذلك الشهر، على الهلال، وإن كان ذلك في بعض الشهر، لزمهما الكراء في ثلاثين يوما، قلت: فالفرق بين^١ أن يكون في أوله، أو في وسطه، إنما هو في الحساب، هل يكون بالهلال، أو بالعدد، وكذلك إن قال هذه السنة، وهما في أول الشهر، لزمهما الكراء اثني عشر شهرا، متصلة على الأهلة، ولا يقع الكراء على ما بقي من السنة إذا قال: أكتري منك هذه السنة كل شهر بكذا، وقد مضى بعضها إلا ببيان، وأما الثالث، فهو أن يقول أكتري منك هذه الدار شهرا، أو سنة، فإن الشهر، والسنة يتعينان من يوم عقد الكراء، بمنزلة قوله هذا الشهر، أو هذه السنة، على التفسير المتقدم، وأما الرابع، فهو أن يقول أكتري منك إلى وقت كذا، جاز ذلك للمدة اليسيرة، والكثيرة، ما لم تتغير الدار إلى مثلها، وذلك يختلف باختلاف إتقان البنين، وعدم إتقانه(3)، ثم قال ابن رشد في رسم حبل حبل، من سماع عيسى: وإذا اتفقا على الكراء، وسمياه، ولم يتواجبا على مدة معينة، وذلك أن يقول: أكتري منك الشهر بكذا، أو السنة بكذا، أو يقول: أكتري منك في كل شهر بكذا، أو في كل سنة بكذا، كان للمكثري أن يخرج متى شاء، وللمكثري أن يخرج متى أراد، في أول

^١ سقط من ب قوله (بين) .

^٢ (فأما الأول ... إلى وقت كذا) سقط ذلك من ت .

نوع آخر في كراء الدور

قلت: قال ابن رشد: الكراء شراء المنافع، وهو نوع من البيوع، يحل فيه ما يحل في البيوع، ويحرم فيه ما يحرم فيها، وهو على وجهين: أحدهما أن يعقده المتكاريان لمدة معينة معلومة، والثاني أن يسميا الكراء، ويتفقا عليه، ولا يتواجبان على مدة معينة معلومة، فأما الوجه الأول، وهو أن يعقدا الكراء لمدة معلومة معينة^١، فإن ذلك جائز بالنقد، أو إلى أجل، قبض الدار، أو لم يقبضها إلى سنة، قال ابن حبيب: أو سنتين كالبيع، لأن الدور مأمونة، فإن بعد الأجل فوق ذلك لم يكن بالكراء بأس دون نقد^(١).

فإن كان التداعي في كراء دار بعينها، بين ربها والمكتري، قلت: قال فلان بن فلان الفلاني إنه اكترى من فلان بن فلان الفلاني جميع الدار، التي بموضع كذا، وحدها كذا، بوجيبة قدرها كذا، لمدة من كذا، منجمة على أشهر المدة المذكورة، يدفع واجب الشهر عند تمامه، فطلبه بالموافقة على ذلك، أو المخالفة، فحضر فلان المدعى عليه المذكور، وقرئ عليه ذلك، وسئل ما عنده فيه، أجاب بالموافقة على ذلك كله، غير أنه مكنه من الدار المذكورة منذ كذا وكذا شهرا، وأنه لم يسكنها اختيارا منه، لا لمانع منعه من ذلك. حكمها إن وافق المكتري على التمكين من الدار، أو مفتاحها، فالكراء له لازم، سكن، أو لم يسكن، وبه القضاء، ولأحمد اللؤلؤي^(٢) من الأندلسيين عكسه. وإن نفى قوله، فبينة رب الدار، أو يمين المكتري، وله قلبها إن وجبت عليه، فإن نكل عنها رب الدار فلا شيء له في انصرام المدة، أو بعضها، ويمكنه من الدار في المدة، أو في باقيها. قلت: فإن منعه منها رب الدار في بعض المدة، ثم ردها إلى المكتري، سقط عن المكتري كراء مدة منعه منها، وعليه كراء ما بقي من المدة، وليس له أن يسكنه أياما بعدد الأيام التي منعه فيها. قلت: وقال ابن عبد الرفيح: وينبغي أن يكون على المكري للمكتري وضع قيمة ما منع منها عنه. قلت: فإن اختلفا في وقت نزوله فيها في صورة منع ربها للمكتري في بعض المدة، فقال ربها:

^١ (فأما الوجه ... معلومة معينة) سقط ذلك من خ ٢ .

^٢ سقط من خ ٢ قوله (دون نقد) .

^٣ سقط من ب ، ت ، خ ٢ قوله (وضع) .

إذا اختلف المتبايعان في ثمن السلعة بعد أن قبضها، وفاتت، وإنما كان الركوب الكثير فوتاً؛ لأنه^١ بمنزلة بلوغ المسافة (14).

فإن كان اختلاف المكثري والمكثري في موت الدابة، فقال المكثري ماتت، وقال المكثري لم تمت، القول قول من يكون منهما؟ قلت: موت الدابة لا يخلو حال موتها على دعوى المكثري، إما أن يكون في الحاضرة، أو في السفر، والسفر إما أن يكون المكثري وحده، أو في رفقة، فإن كان في السفر وحده، كان القول قول المكثري مع يمينه، وإن كان في الحضر، أو في رفقة^٢، ولم يشهد بذلك أحد من أهل رفقته، أو الجيران لم يصدق، وتبين كذبه، وشهادة الجيران، وأهل الرفقة، هل يختبر ذلك السلطان منهم، ولا يكلفه إقامة البينة^٣، أو يكلفه إقامة البينة على ذلك؟ قال ابن رشد: في المدونة ما يدل على القولين جميعاً، فإن كان ذلك على وجه الإخبار^٤، أو الشهادة، وقال المخبر، أو الشاهد: ماتت تلك الدابة بعينها، أو يقولوا ماتت له دابة، ولم يعلموا عينها، صدق في الأول من غير يمين، وفي الثاني يمين. انظر في رسم باع شاة، من سماع عيسى، من جامع البيوع، وفي رسم حمل صبياء، من سماع عيسى من الرواحل، والدواب، ملخصاً رواية وشرحاً (15).

^١ سقط من ت ، خ ١ ، ٢ ، قوله (لأنه) .

^٢ (فإن كان في السفر ... أو في رفقة) سقط ذلك من خ ٢ .

^٣ سقط من خ ١ قوله (ولا يكلفه إقامة البينة) .

^٤ في ب ، ت ، خ ٢ ، س (الاختيار) .

أقوال: الأول منها أنه يفسخ الكراء فيها جملة، من غير تفصيل، الثاني أنه لا يفسخ جملة، من غير تفصيل، الثالث الفرق بين أن يتلف بأمر من الله، أو من قبل ما عليه استحتمل، فإن تلف بأمر من الله، لم يفسخ الكراء، وإن تلف من قبل ما عليه استحتمل، انفسخ الكراء فيما بقي، ولم يكن له شيء فيما مضى، وقيل: له بحساب ما سار(12).

فإن اختلف المكتري، والمكري في رد الدابة المكتراة للمكري، القول قول من يكون منهما؟ قال ابن رشد في رسم استأذن سيده. من سماع عيسى، قال ابن القاسم: إن كان قبضها^١ ببينة فلا يبرأ بردها إلا ببينة، وإن قبضها بغير بينة فقولها في الرد مقبول، ولا غرم عليه، وقال أصبغ: القول قوله في الرد وإن قبضها ببينة(13).

فإن كان اختلاف المكتري، والمكري في المسافة، فقال المكتري: إلى مدينة سلا، وقال المكري: إلى مدينة مكناسة: هل القول قول المكتري، أو المكري؟ قلت: قال ابن رشد في رسم سلف. من سماع عيسى من البيان: إذا كانا في البلد تحالفا، وتفاصحا، وكذلك إذا كانا بموضع قريب، لا ضرر عليهما في الرجوع منه، وكذلك إن نكلا جميعا على مذهب ابن القاسم، ويترادان في الوجهين جميعا، ثم قال ابن رشد: وعلى ما ذهب إليه ابن حبيب أنهما إن نكلا كان القول قول المكري، دون يمين، على حكم المدعي، والمدعى عليه، أن القول قول المدعى عليه، إذا نكل المدعي بعد نكوله، وقيل بعد أن يحلف لقد أكرى منه إلى مدينة كذا، وهو صحيح من التأويل، ثم قال: وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما، ثم قال: وسواء في هذا على مذهب ابن القاسم انتقد الكراء، أو لم ينتقده، وقال غيره: إن انتقد فالقول قوله، وسواء في هذا أتيا بما يشبه، أو بما لا يشبه، أو أتى أحدهما بما يشبه، والآخر بما لا يشبه، على المشهور من المذهب، وقال ابن وهب^٢: إن أتى أحدهما بما يشبه، والثاني بما لا يشبه^٣، كان القول قول من أتى بما يشبه، وإن كان اختلافهما بعد أن سار المكتري كثيرا، وإن لم يبلغ المسافة فهو بمنزلة ما

^١ سقط من خ ٢ قوله (قبضها) .

^٢ (أو أتى أحدهما ... وقال ابن وهب) سقط ذلك من ت .

^٣ (على المشهور ... بما لا يشبه) سقط ذلك من خ ٢ .

قلت: فإن اتفقا على عدد الكراء، والمسافة، واختلفا في الدابة، هل هي مضمونة، أو معينة، قال ابن رشد: تحالفا، وتفاسخا، إن كان المكتري لم يقبض الدابة؛ لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه، وأما إن قبض المكتري الدابة، ثم اختلفا، فقال المكتري: هذه الدابة التي قبضتها، هي التي اكتريتها بعينها، وقال رب الدابة: لم أكرها بعينها، وإنما اكتريت مني كراء مضمونا، أو ادعى المكتري أنه اكترى كراء مضمونا، وقال ربها: ما أكرت لك إلا تلك التي دفعت إليك بعينها، فالقول قول الذي ادعى التعيين في الدابة المدفوعة، مع يمينه إن ماتت الدابة، وأما إن كانت الدابة قائمة لم تمت، ولا دخلها عيب، فلا معنى ليمين من ادعى التعيين منهما، إذ لا تفيد يمينه في هذا الحال شيئا. انظر المقدمات (10).

فإن كان اختلافهما في عدد الكراء، وكان قبل العمل، تحالفا، وتفاسخا، قال ابن رشد: ولو أتى أحدهما بأشبه مما أتى به الآخر، على المشهور من المذهب، والصحيح من الأقوال في اختلاف المتبايعين، وقال ابن حبيب، وابن وهب: القول قول مدعي الأشبه منهما، وإن كان اختلافهما في عدده، بعد أن سارا من الطريق ما عليهما في الرجوع منه ضرر، فالقول قول المكتري مع يمينه، نقد، أو لم ينقد، إن أشبه ما قال^٢، وإن أشبه ما قال^٤ المكتري، وأشبه ما قال المكري^٥، كان القول قوله أيضا، وإن كان لم يشبه ما قالاه تحالفا، وكان عليه كراء المثل، ولم يفسخ الكراء، لما عليهما من الضرر في الرجوع، وكذلك إن نكلا جميعا، وأما إن حلف أحدهما، ونكل الآخر، كان القول قول الحالف منهما، مع يمينه، وإن لم يشبه، كانت الدابة بعينها، أو لم تكن بعينها، على مذهب ابن القاسم، وقال غيره في المدونة: ليس الراحلة بعينها كالمضمونة، يريد أن المضمونة يفسخ فيها الكراء بينهما، إذا تحالفا، ولا يلزمه^٦ أن يبلغه إلى المسافة، بخلاف المعينة (11).

فإن اكترى رجل من آخر دابة ليحمل عليها شيئا معلوما للمكتري، فتلف ذلك الشيء قبل حمله، أو بعد ما سار بعض السير، هل يفسخ الكراء في ذلك، أم لا؟ قلت: حصل ابن رشد فيها ثلاثة

^١ (أو ادعى ... مضمونا) سقط ذلك من ت .
^٢ (أو ادعى ... إليك بعينها) سقط ذلك من خ ٢ .
^٣ سقط من ت قوله (إن أشبه ما قال) .
^٤ سقط من خ ١ قوله (وإن أشبه ما قال) .
^٥ سقط من ب ، خ ٢ قوله (وأشبه ما قال المكري) .
^٦ سقط من خ ٢ قوله (ولا يلزمه) .

يجز؛ لأنه فسخ الدين في الدين، قال ابن رشد: إلا أن يكون ذلك في مفازة، حيث لا يجد الكراء، فيجوز للضرورة، هذا على مذهب ابن القاسم، وأما على مذهب أشهب فذلك جائز؛ لأنه يرى أن يتحول من دين له إلى خدمة دابة أخرى بعينها، ولا يرى ذلك من فسخ الدين في الدين (7). قلت: فموت الدابة المعينة في بعض الطريق لا يخلو حالها من ثلاثة أوجه: الأول إن لم ينقد الكراء جاز عند ابن القاسم، وأشهب؛ كانت الثانية مضمونة، أو معينة، وإن نقد الكراء لم يجز عندهما في المضمونة، وجاز عند أشهب في المعينة^١، ومنعه ابن القاسم فيها، فإن اقتصرت رجل من آخر دابة من مدينة فاس، إلى مدينة تلمسان، وسافر بها فماتت في الطريق بعد أن وصل إلى مدينة تازة، فقال المكثري للمكري: لم أكر منك هذه الدابة بعينها، ولكنني قد اكتريت منك كراء مضمونا، فعليك أن تبلغني إلى تلمسان، وقال صاحب الدابة: إنما أكريتك هذه الدابة بعينها، وقد انقضى الكراء بيني وبينك، فالراكب مدع؛ لأن الكراء قد انفسخ فيها بموت الدابة، فعليه البينة بذلك.

فرع: فإن قال المكثري: اكتريت منك هذه الدابة بعينها، وقد انقضى الكراء بيني وبينك بموتها، فارد علي من الكراء بقدر ما قصرت الدابة عنه، وقال رب الدابة: لا أرد عليك شيئا، وما لك علي إلا أن أبلغك إلى موضع كذا، الذي اكتريت مني له، لأنني لم أكرك دابة بعينها، وإنما أكريتك كراء مضمونا علي، وهذه دابة أخرى فاركبتها، فالقول قول الراكب المكثري، وعلى صاحب الدابة بقدر ما قصرت عنه الدابة. قلت: قال ابن رشد: إنما كان القول قول المكثري في المسألة الأولى؛ لأن الدابة إذا ماتت فقال المكثري إنه^٢ اكترى كراء مضمونا، صار مدعيا على المكري ركوبا في ذمته، والمكري ينكره ذلك، والأصل براءة الدمة، فوجب أن يكون القول قوله؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر) (8)، وفي الثانية القول قول المكثري؛ لأنه لما هلك الدابة قال المكري: إنما أكريتك كراء مضمونا، وهذه دابة أخرى، فاركبتها، صار المكري مدعيا على المكثري، في إلزامه ركوب دابة ينكر أن يكون اكتراها، فوجب أن يكون القول قول المكثري مع يمينه. انظر المقدمات (9).

^١ سقط من خ ١ قوله (في المعينة) .

^٢ (في المسألة ... المكثري إنه) سقط ذلك من خ ١ .

نوع آخر في كراء الرواحل والدواب

الأصل فيها قوله تعالى [وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنْفَعٌ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ وَلَكُمْ فِيهَا جَمَالٌ حِينَ تُرِيحُونَ وَحِينَ تَسْرَحُونَ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُوا بِالْغِيَةِ إِلَّا يَشِقُّ الْإِنْسُ إِنَّ رَبَّكُمْ لَرَّءُوفٌ رَّحِيمٌ] وقال عز وجل [وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ... الْآيَةِ] (1)، قال ابن رشد: والكراء من العقود اللازمة (2)، يلزم بالعقد، ولا يكون لأحدهما خيار في حله، إلا أن يشترط أحدهما الخيار لنفسه، كالبيع سواء، لأنه ثمن، ومثمون، فلا يجوز فيه النحر، والجهل، ولا يصح إلا معلوما في معلوم (3).

فإن اكرت دابة، وضرب لكرائها أجلا، وسمى موضعاً، أو عين عملاً، كان ذلك من باب مدتين في مدة (4)، فصار ما نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم من بيعتين في بيعة^١ (5)، وجرى على قولين: أحدهما أن الكراء فاسد، يفسخ، فإن فات كان للمكري كراء مثله على سرعة السير، وإبطائه، والثاني أن الكراء جائز، لا يفسخ، ويكون للمكري الكراء المسمى، إن بلغ الموضع الذي سمياه، في الأجل الذي وقته، وكراء مثله إن لم يبلغ إليه في الأجل، وهذا إذا كان الأجل^٢ واسعاً، يعلم منه أنه يدرك الوصول إلى الموضع المسمى فيه، وأما إن كان الأجل ضيقاً، لا يمكن الوصول في الأجل إليه، فلا يجوز الكراء باتفاق (6)، ثم قال: وكراء الدواب على وجهين: أحدهما أن يكون مضموناً، والثاني أن يكون معيناً، فأما المضمون فهو أن يقول: أكرت منك دابة، فإنه يجوز بالنقد، وإلى أجل إذا شرع، وأما إن لم يشرع في الركوب، وإنما تكارى كراء مضموناً إلى أجل، فالقياس أنه لا يجوز^٣، إلا بتقديم الكراء؛ لأنه كالسلم الثابت في الدمة، ولا يفسخ الكراء بموت الدابة، وأما المعين فيفسخ الكراء فيه بموت الدابة، فإن ماتت في بعض الطريق، وأراد أن يعطيه دابة أخرى بعينها، يبلغ عليها إلى منتهى غايته، فإن كان لم ينقد جاز ذلك؛ لأنه كراء مبتدأ، وإن كان قد نقد لم

^١ سقط من ب قوله (في بيعة) .

^٢ في ت (الكراء) .

^٣ في خ ٢ (يجوز) بإسقاط (لا) .

فإن دفع رجل لرجل آخر دابته ليحطب عليها، أو يحش عليها، أو يأتي بملح عليها، فإن قال ربه: ما يأتي به من هذه الأشياء هو بيننا نصفين، جاز ذلك إذا كان الشيء المجلوب من غير ملك الدافع، دون المدفوع إليه. انظر اللخمي، وكذلك إن قال له: أنقل لي نقلة، ولك أخرى، وكان ذلك معلوما، جاز ذلك، وكذلك إن قال له: استأجرك، ودابتك اليوم، تنقل لي كذا، وأنقل لك غدا دابتي، ونفسي، قال ابن يونس: قال ابن المواز: جاز ذلك، وكذلك إذا كانت الدابة بينهما، فيقول أحدهما للآخر: خدمها اليوم، وأخدمها غدا، جاز ذلك، وجوز ذلك مالك في الشهر بالشهر، ولم يجوز ابن المواز، إلا في الخمسة الأيام بالخمسة الأيام، وقال: هذا حكم المنافع بالمنافع الجائزة (32). قال ابن عرفة: ومن هذا المعنى تجري مسألة دولة النساء في عصرنا، في اجتماعهن في الغزل لبعضهن، حتى يستوفين، فإن قربت مدة استيفائهن الغزل لجميعهن كالعشرة أيام، ونحوها، وعينت المبتدئة، والتي تليها، إلى آخرهن، وصفة الغزل، جاز، وإلا فسد. وإن قال رب الدابة: احطب عليها، أو حش عليها، وبعه، وما بعته به من الأثمان بيننا، لم يجز، فإن وقع، ونزل، وعمل عليها، فالكسب كله للعامل، وعليه لربها كراء المثل، وكأنه اكترى ذلك كراء فاسدا. فإن قال رجل لرجل: أعطني ما تكسب دابتك اليوم، وأعطيك ما تكسب دابتي غدا، فهذا أيضا لا يجوز. انظر المدونة وشرحها في الإجارة (33).

فإن استأجر ثوبا لمدة، فحبسه فيها غير مستعمل له، أو حبسه بعد انصرامها، مستعملا له، أو غير مستعمل له، ما الحكم فيها؟ قلت: أما الصورة الأولى فيلزمه جميع الكراء، ولا حجة له في عدم لبسه، وفي الصورة الثانية يلزمه فيها أجر حبسه، بغير لبس، يريد إذا لم يلبسه، وقال غيره: له بحساب ما استأجره إذا كان ربه حاضرا، فإن كان غائبا فعليه الأكثر من المسمى، أو كراء المثل. انظر المدونة وشرحها (34).

فإن استأجر ثوبا يلبسه يومين، فلبسه يوما، ثم ضاع في اليوم الثاني، فوجده بعد ذلك، فرده لربه، لم تلزمه أجرة مدة الضياع، وذلك بشرط ثبوت الضياع، أو كان معه قوم، فأعلمهم بذلك الضياع، وقد تقدم لنا من يضمن من القابضين، ومن لا ضمان عليه.

معها غيرها^١، فقال ابن القاسم: أجرة الراعي للمستأجر الأول، وقال غيره هي للراعي ما لم يكن أضر بها، وصوب بعض القرويين قول ابن القاسم؛ لأنه لما اشترط عليه أن لا يرعى معها غيرها، فقد ملك جميع خدمته، وزاده شرطاً على أجرته، فوجب أن يكون له أجرة ما رعى مع غنمه، فإن لم يشترط عليه أن لا يرعى مع غنمه غيرها، فلا خلاف بين ابن القاسم، وغيره، أن الأجرة الثانية للراعي، ولا يصح الاستئجار في غنم معينة عند ابن القاسم، إلا بشرط الخلف، والغير، يقول: العقد جائز، والحكم يوجب الخلف، وإن لم يشترط، وإن اشترط أن لا خلف فيما هلك، أو باع، فسد العقد، هذا قول ابن الماجشون، وأصبخ، وابن حبيب، وسحنون. قلت: وأما ما تزايد من أولاد الغنم، فهي زيادة، مثل عدد الغنم، فيصير الشغل بأولادها كالشغل بها، ويضمن الراعي ما تعدى فيه، أو فرط، من نوم في غير موضعه، أو زمنه، قلت: وما زعم أنه ضاع، ولم تقم له بالضياع بينة، فالذي عليه العمل الآن في الراعي الضمان.

فإن كان التداعي في استئجار في حصاد زرع بعينه، بنيت على المقال، والجواب، فإن قال في المقال، فما حصدت فلك ثلثه، أو رבעه، وانتهيت إلى حكمها، أمر المستأجر بإقامة البينة، فإن أتى بها أعذر فيها للأجير، فإن سلم في المدفع، أو ادعاه، وعجز عنه، حكم عليه بالحصاد، وإن أسقط البينة، وجبت عليه اليمين، فإن حلفها برئ، وإن نكل عنها، وقلبها على المدعي، كان له ذلك، فيحلف المدعي، وتثبت دعواه، وإن لم يحلف بطلت دعواه، قلت: جواز هذه المسألة على قول مالك في المدونة⁽³⁰⁾، وقال غيره، لا يجوز^٢، قلت: فإن قال: احصد اليوم، فما حصدت فلك نصفه، لم يجز، ثم قال: إذ لا يجوز بيع ما يحصد في يومه، إلا أن يقول متى شئت تركت، فيجوز، ويجري مجرى الجعل، ومنعها ابن القاسم في العتبية، في رواية عيسى⁽³¹⁾.

تنبيه: فإن احترق ما حصد في الصورة الأولى كانت مصيبته منهما، وللمستأجر أن يعمل في مثله، أو في مثل ما بقي منه، في رواية يحيى عن ابن القاسم، وقال سحنون: عليه نصف قيمة الزرع^٣، وليس عليه حصاد^٤ مثل نصفه، قال يحيى ابن عمر: لأن الزرع مختلف، وقاله ابن القاسم أيضاً.

^١ (أو يكون في التقييد ... معها غيرها) سقط ذلك من خ ١، خ ٢.

^٢ سقط من خ ٢ قوله (وقال غيره لا يجوز).

^٣ في ب (نصف الربيع).

^٤ سقط من خ ٢ قوله (وليس عليه حصاد).

على مذهب ابن القاسم، فالتزمها في تعليم الكتاب، ولم يلتزمها في الرضاع؛ لأن التعليم لا يلزم الأب في الأصالة، فحين ألزمه نفسه لزمه في الحياة، والممات.

تنبيه آخر: إذا سقط من عقد الاستئجار، أو عقد الدعوى، ذكر التحميم، وغسل الخرق، وطلبت الظئر بذلك، هل يلزمها ذلك، أم لا؟ قلت: ففي الواضحة لا يلزمها ذلك، وإنما عليها الرضاع فقط، ولابن عبد الحكم كلما تتكلفه الأم لولدها يلزم الظئر.

تنبيه آخر: إذا سقط ذكر موضع الرضاع، أين يكون؟ فيحمل على عرف البلد، فإن لم يكن لهم عرف، وجب الرضاع عند الأبوين، إلا أن تكون المرضع ذات شرف، لا ترضع إلا في بيتها.

تنبيه آخر: إن أرادت الظئر أن تؤاجر نفسها لرضاع صبي آخر، هل لها ذلك، أم لا؟ الجواز لابن القاسم، والمنع لسحنون.

فإن كان التداعي في رعاية غنم، قلت: قال فلان بن فلان الفلاني: إنه استأجر فلان بن فلان الفلاني ليرعى له غنما، ويطلب لها خصب المسارح، وعذب المياه، ويردها إلى داره كل ليلة، بموضع كذا، ويحلبها في أيام الحلاب، ويجز أوصافها في الوقت المعتاد، لمدة من كذا، أولها كذا، بكذا وكذا، من سكة كذا، ويدفع له ذلك في وقت كذا، وبنفقتة، وكسوته، فحضر فلان الراعي المذكور، وقرئ عليه ذلك، فلم يوافق عليه، وأنكر أن يكون ذلك. حكمها أن يكلف رب الغنم البينة على قوله، فإن أتى بها أعذر فيها للراعي، فإن سلم المدفع فيها، أو ادعاه، وعجز، لزمته الرعاية، وإن ادعى المدفع، وأسقطها، وجبت عليه اليمين، فإن حلفها برئ، وإن نكل عنها، وقلبها على المدعي، حلفها المدعي، ولزمته الرعاية، وما ذكر من حلبها، وجزها، وإتيان المراعي الخصيبة، والمياه العذبة. قلت: ويكلف الراعي المذكور في هذا العقد ما يقوى عليه من الغنم، ولا يكون للراعي أن يرعى معها غيرها، وإن لم يضر بها، فإن فعل فأجر ما يرعى للمستأجر الأول.

فإن كان التداعي في رعاية غنم معدودة، قلت فيها: وعلى ربها خلف ما ضاع منها، أو باع في المدة المذكورة، وتبني على ما تقدم في المقال المذكور قبله، من إقرار، وإنكار، وإعذار، ويمين، وقلب، فإذا انتهت إلى قلب اليمين، وحلف المدعي، ولزمت الراعي الرعاية، فللراعي في هذه المسألة أن يرعى معها غيرها، ما لم يضر بها، أو يكون في التقييد، أن لا يرعى معها غيرها، فإن رعى

وتكحيله، وتنظيفه مما جرت العادة به، فحضرت فلانة المذكورة، وأنكرت أن يكون ذلك إنكاراً كلياً، حكمها أن يكلف الأب البينة، وتبني على ما تقدم من أجل، وإعذار، فإن لم يثبت ذلك، أو أثبتته، وأسقطته، وعجز عن الإثبات، وجبت له عليها اليمين، فتحلفها إن أحبت، أو تقبلها إن أرادت، فإن حلفت برئت، وإن قلبت، وحلف والد الصبي لزماً العمل المذكور، ولها ما سمي من الأجر. تنبيه: فإن سقط ذكر الاختبار من العقد، هل يوهنه، أم لا؟ المشهور أنه لا يوهنه، وقال سحنون: يوهنه^١.

تنبيه ثان: فإن كان لها زوج، ولم يعلم بعقدها، هل له في ذلك مقال، أم لا؟ قلت: له فسخ الإجارة، إن استأجرت نفسها من غير مؤامرة؛ كان له ولد، أم لا. فإن كان وافق على العقد، ولم يشترط عليه عدم المسيس، فهل يمنع من المسيس، أم لا؟ قلت: قال ابن القاسم: يمنعه من المسيس. وأصغ يفرق بين أن يتبين ضرر بالصبي، أم لا، فإن تبين ضرر بالصبي منع، وإلا فلا، فإن حملت المستأجرة انفسخت الإجارة، قاله اللخمي، وفي المدونة إن خيف على الصبي (28)، وكذلك تنفسخ إن ماتت المرضعة، أو مرضت مرضاً لا يؤمن برؤه عن قرب، أو سجننت في حق، وخشي طول مقامها فيه، فإن صحت بعد أن حكم بفسخه، ثم برئت عن قرب، ففي كونه حكماً مضي، ورده لتبين الخطأ، خلاف.

تنبيه آخر: إذا مات الصبي انفسخت الإجارة، في قول ابن القاسم، لتعذر الخلف، وفي كتاب ابن سحنون على الأب أن يأتي بالخلف، على أن المستأجر لا يتعين، قلت: فإذا انفسخت الإجارة على قول ابن القاسم، بماذا يرجع الأب على المرضعة؟ هل بما ينوبه مما نقد؟ أو بقيمة اللبن؟ قولان، قلت: وكذلك تنفسخ بموت أبي الصبي؛ موسراً كان، أو معسراً، إذا مات قبل أن تنقد الإجارة، واختلف إذا كان انتقدها، ففي المدونة، وكتاب محمد، يكون المنقود بين الورثة (29)، وروى أشهب أن ذلك حوز لما نقد، وقال اللخمي: ما زاد على الحولين للولد، وكذلك عنده لو قدم لمعلم الكتاب، وفرق بعض القرويين بين الأجرة على الرضاع، والأجرة على تعليم الكتاب،

^١ (المشهور ... يوهنه) .

مضى منه، ولا يجوز النقد في ذلك بشرط، هذا قوله في المدونة، في هذه المسألة، والذي يأتي على مذهب سحنون فيها أن الإجارة لا تنفسخ فيما بقي من المدة، ويستعمله فيما يشبه ذلك، فإن اشترط أن ينفسخ الكراء فيما بقي من الشهر، لم يجز عنده، وإن لم ينقد، ولو استأجره على أن يبيع له الدابة، أو الثوب بذلك البلد، أو ببلد آخر، وللقيام ببيعه غاية معلومة، على أن له أجرته؛ باع، أو لم يبع، للحق بالنوع الرابع، وجاز، قاله أشهب (26).

النوع الرابع أن يستأجره على عمل شيء بعينه، له غاية معلومة، مثل أن يستأجره على خياطة ثوب بعينه، أو طحن قمح بعينه، أو حصاد زرع بعينه، فلا يجوز ضرب الأجل فيه؛ لأنه مدتان في مدة، فإن تلف قبل العمل، أو بعد أن مضى بعضه^١، فالمشهور من المذهب أن الإجارة تنفسخ فيه، أو فيما بقي منه، وهو قول مالك، ويكون له من الأجر بقدر ما عمل؛ لأنه كلما عمل شيئاً فالمستأجر له قابض، ولا ضمان على الأجير^٢ فيه، بخلاف الصانع الذي هو ضامن للثوب إن تلف عنده قبل فراغه من عمله، وقامت البينة على تلفه، في شيء له فيما عمل، واختلف إن تلف ببينة بعد تمام العمل، وقبل أن يسلمه إلى ربه، هل تجب له أجره، أم لا؟ على قولين. قلت: القولان اللذان أشار إليهما هما: قول ابن القاسم، وقول ابن المواز، ومبناهما أن الشيء المصنوع، هل هو قبض للصناعة، أم لا؟ فابن القاسم يقول: إنه ليس بقبض، وابن المواز يقول: إنه قبض، ثم قال ابن رشد: وقد قال ابن القاسم: إن الإجارة لا تنفسخ فيه، ويستعمله في مثله^٣، والنقد في مثل هذه الإجارة جائز؛ لأن التلّف نادر، فلا يعتبر.

النوع الخامس أن يستأجره على دار يبنّيها في هذه البقعة، أو يئر يحفرها فيها بأجرة، فبيانها يأتي بعد هذا إن شاء الله عز وجل (27).

فإن استأجر ظئراً على رضاع ولده. قلت: قال فلان بن فلان الفلاني: إنه اتفق مع فلانة بنت فلان الفلاني على إرضاع ولده الذي سنه كذا، بكذا وكذا درهم، في كل شهر، إلى تمام فطامه، بعد أن اختبرت رضاع الصبي المذكور، وعليها القيام بتربيته^٤، وتحميمه، وغسل خرقة، ودهنه،

^١ في ب (بعينه) .

^٢ في ب (عليه لأجير) .

^٣ في ب (ويستعمله فيه) .

^٤ في ب (بتسريته) .

وقال في المقدمات: وأما الإجارة على عمل موصوف يرتبط بعين فإنه ينقسم على خمسة أنواع: أحدها أن يستأجره على عمل في شيء بعينه، لا غاية له إلا بضرب الأجل فيه، وذلك مثل أن يستأجره على أن يرعى له غنما بأعيانها، أو يتجر له في مال بعينه شهرا، أو سنة، أو ما أشبه ذلك، فهذا اختلف في حد جواز الإجارة فيه؛ فقليل: إنها لا تجوز إلا بشرط الخلف فيه، وهو مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك في المدونة، وغيرها، وقيل: إنها تجوز بغير شرط الخلف، والحكم يوجب الخلف، وهو قول سحنون، وابن حبيب، وأشهب، فهذا حكم هذا الوجه، إلا في أربعة مسائل، فإن الإجارة تنفسخ فيها بموت المستأجر له، وهي فرسان، وصبيان (25).

النوع الثاني أن يستأجره على عمل في شيء بعينه، لا غاية له إلا بتسمية المواضع، وهو الاستئجار على حمل شيء بعينه، فهذا لا اختلاف في جواز الإجارة فيه، وإن لم يشترط الخلف، واختلف فيه إن تلف، على أربعة أقوال: أحدها وهو المشهور أن الإجارة لا تنتقض^١، وإليه ذهب محمد ابن المواز، وتعيين الحمل إنما هو صفة لما يحمل، ومثله في رسم القبلة، والثاني أن الإجارة تنتقض بتلفه، وهو قول أصبغ، وروايته عن ابن القاسم، ويكون له من كرائه بقدر ما سار من الطريق، والثالث الفرق بين أن يأتي تلفه من قبل ما عليه استحتمل، انفسخ الكراء فيما بقي، وكان له من كرائه بقدر ما مضى من الطريق، وإن كان تلفه بأمر من الله عز وجل أتاه المستأجر بمثله، ولم ينقض الكراء، وهو قول مالك، والرابع إن كان تلفه من قبل ما عليه استحتمل انفسخ الكراء، ولم يكن له فيما مضى كراء، وإن كان تلفه بأمر من السماء أتاه المستأجر بمثله، ولم ينفسخ الكراء، وهو مذهب ابن القاسم في المدونة.

النوع الثالث أن يستأجره على عمل شيء بعينه، له غاية مجهولة، وذلك مثل أن يستأجره على أن يبيع له هذا العبد، أو هذا الثوب، أو هذه الأثواب في هذا البلد، أو في بلد آخر بثمن سماه، أو بما يراه، فهذا لا بد فيه من ضرب الأجل، ولا يحتاج فيه إلى اشتراط الخلف، على ظاهر ما في المدونة، والحكم يوجب إن تلف، وقيل: إنه لا يجوز على مذهبه إلا بشرط الخلف، فإن باع العبد، أو الثوب قبل تمام الأجل، انفسخت الإجارة فيما بقي من الأجل، وكان له من أجرته بحسب ما

^١ في ب، ت، س (تنتقض) بإسقاط (لا).

فإن كان التداعي بين خديم، وورثة مخدوم، قام الخديم بعد موت المخدوم، وطلب من الورثة أجرة خدمته، وأثبت ذلك ببينة شهدت له بانقطاعه للميت، وخدمته له في حوائجه مدة من كذا، وأنكر الورثة ذلك، حكمها يكلف القائم البينة بموت المخدوم، وعدة ورثته، فإن أثبتها أعذر لهم في الرسم الذي أثبتته بخدمته، فإن وافقوا على ذلك، وإلا أعذر لهم، فإن عجزوا عن المدفع فيه، فقال ابن القاسم في رسم جاع، من سماع عيسى: إن كان يرى أن مثله إنما ينقطع إليه^١، رجاء أن يثيبه في قيامه، ونظره، فإن أثبت القائم ذلك، وأعذر فيه للورثة، وعجزوا عن المدفع فيه، فقال ابن القاسم: يحلف القائم ما أثابه بشيء، وأعطي أجرة مثله، قلت: زاد ابن رشد في يمينه ما أقام معه، وتصرف احتساباً، وإنما كان ليرجع عليه بحقه (20).

فإن كان التداعي بين رب ثوب، ومكتره، فأعطاه غيره، فلبسه، ثم ضاع، هل يضمن مكتره، أم لا؟ قلت: قال في المدونة: وإن استأجرت ثوباً تلبسه يوماً إلى الليل، فلا تعطه غيرك يلبسه؛ لاختلاف اللبس، والأمانة، فإن هلك بيدك لم تضمنه، وإن هلك بيد غيرك ضمنته، هذا هو المشهور، ولسحنون إن دفعه لمن هو مثله فلا ضمان عليه، وهو على أصله في الربح في الأكرية. انظر مسألة الدابة، والدار، والسفينة في هذه الصورة في المدونة؛ أصلاً، وشرحاً (21).

فإن استأجر رجل من آخر دابة ليسافر عليها، لجلب حاجة له من بلد، فتأثبه حاجته من تلك البلدة، هل تلزمه الإجارة، أم لا؟ قلت: قال مالك في خامسة، من رسم الرطب باليابس، من سماع ابن القاسم: تلزمه الإجارة، وتكون له الدابة، يكرها إلى الموضع الذي تكارها إليه إن شاء (22). قلت: الإجارة على الأشياء المعينة تنقسم على أربعة أقسام: أحدها أن يستأجره على عمل في شيء بعينه، لا نهاية له إلا بضرب الأجل فيه، مثل أن يستأجره^٢ على أن يرعى له غنماً بأعيانها، أو يتجر له في مال بعينه شهراً، أو سنة، أو ما أشبه ذلك، فهذا يختلف في وجه الإجارة فيه؛ فقل إنها لا تجوز إلا بشرط الخلف (23)، قاله مالك، وابن القاسم في المدونة، وغيرها، وقيل: إنها تجوز بغير شرط الخلف، والحكم يوجب الخلف، وهو قول سحنون، وأشهب، وابن حبيب. انظر رسم البيع، والسلف، من سماع أصبغ (24)، هذا حكم هذا الوجه.

^١ في ب (يقطع عليه)

^٢ (على عمل ... أن يستأجره) سقط ذلك من خ ٢.

الأجرة، أو الشروع في الاستيفاء، يريد إذا كان العمل يسيراً ليخرج عن الدين بالدين، وأما الإجارة اللازمة في عينه، فإنها تنقسم على قسمين: أحدهما أن يستأجره على عمل موصوف، لا يرتبط بعين، والثاني أن يستأجره على عمل موصوف، يرتبط بعين، فأما الأول فلا تفسخ الإجارة فيه إلا بموت الأجير، وأما الثاني فيتنوع إلى خمسة أنواع نذكرها بعد، وهي مسطرة في أمهات الكتب (17).

فإن كان التداعي بين رب عرصة، وبناء، قلت: قال فلان بن فلان الفلاني: إنه استأجر فلان بن فلان الفلاني البناء، ليني له بيده، وأجرائه، في عرصته التي بحومة كذا، داراً مثل دار فلان. التي بموضع كذا، وتكون مماثلة لها في جميع مساكنها، وبعد أن وقفنا على عينها، ولم يخف علينا شيء منها، بآلات أحضرها البناء، فلان المذكور، وأرانا إياها، وأوقفنا عليها، بكذا وكذا ديناراً، من سكة كذا، ثمناً للآلات، وأجرة لعمل يده، وأجرائه، قبضها منه، فحضر فلان البناء المذكور، وقرئ عليه ذلك، فلم يوافق عليه، وأنكره، حكمها أن يكلف رب العرصة البينة على دعواه، فإن أثبتتها ببينة أعذر فيها لخصمه، فإن سلم في المدفع فيها، أو ادعى مدفعاً، وعجز عنه، عجزه القاضي لعجزه، وحكم عليه بمضمن دعوى صاحبه، وإن لم يعجز عن المدفع في البينة، وجرحها، وعجز المدعي عن الإتيان ببينة أخرى، وجبت عليه اليمين، فإن حلف برئ، وإن نكل عنها، وقلبها على المدعي، كان له ذلك، فيحلف المدعي، ويلزم الأجير العمل، كما وصف المدعي، ويشرع في العمل في تاريخ ذلك، أو بعده بيسير، كاليومين، أو الثلاثة، قلت: هذا كله على قول ابن القاسم، ومالك في المدونة (18)، وأما على مذهب الغير فيها، فلا يجوز، إلا أن يكون على وجه الكفالة^١، يعني الضمان، وأما على عمل رجل بعينه، فلا يجوز، إلا إن قدم نقده، فيجوز^٢، قال ابن عرفة: فحملها على أنها كالسلم يجب فيه بشروطه، ولم يذكر فيها ضرب الأجل؛ لأنه رأى أن المعجل منها تبع لما بقي، وأمد فراغها، وما يدخل فيها من حصص، وآجر معلوم عادة.

قلت: فإن بنى، وانهدم بعض هذا البناء بعد أن بناه، فقال في المدونة: له بحساب ما بنى، وليس عليه أن يبنيه ثانية، ثم قال: قال غيره: هذا في عمل رجل بعينه، وعليه في المضمون تمام العمل (19)، قلت: هذا على اختصار ابن أبي زيد وابن يونس.

^١ في ب، ت، خ، س (القبالة).

^٢ في ب (فلا يجوز) بإثبات (لا).

في رسم القسمة، من سماع عيسى(10)، وقال ابن القاسم: لا خير فيه، وهل يجوز اشتراط الدواء من عند الطبيب، أم لا؟ قولان: الجواز لمالك، على أنه إن برئ بسبب معاناة الطبيب كان له جعله، وإن لم يبرأ كان له قيمة الأدوية، ورده القابسي(11)، وجعل ثمن الأدوية لغوا، قال: وإنما تكون الأدوية من عند العليل.

فإن جاعل رجل رجلا على اقتضاء دين له بجزء منه؛ ثلثا، أو عشرا، أو ما أشبه ذلك، ولم يسم له عدد الدين، جاز ذلك على وجه الجعالة، ولم يجز على وجه الإجارة^١، وللمجعول له أن يترك متى شاء، واختلف بم يلزم الجعل، فقليل: بالعقد، وقيل: بالشروع في العمل. انظر ثلاثة مسائل رسم الرطب باليابس، من سماع ابن القاسم رواية، وشرحا(12).

قلت: وأما الإجارة فأصل جوازها قول مولانا تبارك وتعالى: [نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا](13) فمن فضل مولانا أن جعل افتقار بعضهم إلى بعض سببا لمعاشهم في الدنيا، وحياتهم فيها حكمة منه، لا إله إلا هو. قلت: فهذه الآية عامة في الجعل، والإجارة، وأما ما اختص بالإجارة فقط، فقوله عز وجل [فإن أَرْضَعْنَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ] (14).

قال ابن رشد: والإجارة على ثلاثة أقسام: جائزة، ومكروهة، ومحضورة، فالجائز ما سلم من الجهل، والغرر، إلا اليسير منهما، المغتفر، فلا تجوز الإجارة إلا بأجرة مسماة، معلومة، وأجل معروف، أو ما يقوم مقام الأجل، من المسافة فيما يحمل، أو توفية العمل بتمامه فيما يستعمل. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من استأجر أجيرا فليعلمه أجره)، وقال عليه الصلاة والسلام: (من استأجر أجيرا فليؤجره بأجر معلوم إلى أجل معلوم)(15)، وسكت عليه الصلاة والسلام عن وصف العمل؛ إذ قد يستغنى عن ذلك بالعرف، والعادة.

قال ابن رشد: والإجارة من العقود اللازمة(16)، تلزم المتأجرين بالعقد، كالبيع سواء، وهي على قسمين: الأولى إجارة ثابتة في ذمة الأجير، والثاني إجارة لازمة في عينه، فأما الثابتة في الذمة فحكمها حكم السلم الثابت في الذمة^٢، قال عبد الوهاب: يجب فيها تعجيل أحد الطرفين، من

^١ سقط من خ ١ قوله (ولم يجز على وجه الإجارة) .

^٢ (فحكمها ... في الذمة) سقط ذلك من ب ، خ ١ .

وأسقطها، لزمتم اليمين للجاعل، وله قلبها، يحلفها المجعل له، ويغرم الجاعل، هذا إذا كان التداعي بعد تقويت العمل من المجعل له، فإن كان قبل العمل، فلا تخلو الجعالة من ثلاثة أقسام: الأول منها أن يكون العمل والضمن مجهولين، فالحكم أن كل واحد منهما بالخيار، وإن دخلا على الالتزام فسد، الثاني أن يكون الثمن معلوماً، والعمل مجهولاً، كالجعالة على طلب الآبق، وبيع الثوب، والعبد، كان لازماً للجاعل؛ لأن الجعل الذي بذله معلوم، وغير لازم للمجعل له؛ لأن عمله مجهول، الثالث أن يكونا معلومين، الثمن، والعمل، كحفر البئر، وما أشبه ذلك، كان لازماً، والقياس أن لا يلزم، قاله اللخمي، وهو المشهور من المذهب. قلت: والجعالة على حفر البئر لا تكون إلا إذا كانت الأرض التي تحفر فيها البئر غير مملوكة للجاعل، على مشهور المذهب، ولمالك من مسألة الجعل على الغرس في ملك الجاعل، جوازها، قلت: فإن كانت الأرض للجاعل فتراخي العامل في أثناء العمل، ثم جاعل ربه غيره عليها، فلأول بقدر ما انتفع الثاني بعمله، وفي سماع عيسى يكون للآخر جعله كاملاً، ولأول من الجعل بقدر ما انتفع الثاني بعمله، قال: وكنت أقول له قيمة^١ ما عمل يوم عمل، وقال ابن كنانة: له قيمة ما عمل اليوم، فدخلنا على مالك، فقال: له على قدر ما انتفع بحفره، ويأخذ الآخر كل جعله، وينظر لقيمة ما انتفع به من عمل الأول، فيعطاه، ولا يلتفت إلى الجعل الأول (٩).

فإن كان الجعل بين طبيب، وعليل، وأنكر العليل، تقول: قال الطبيب فلان بن فلان الفلاني إنه اتفق مع فلان بن فلان الفلاني العليل بجعل قدره كذا، على أن يعالجه إلى برئه من العلة المذكورة، وأنه برئ بسبب^٢ علاجه، واستحق الجعل المذكور، فحضر فلان العليل المذكور، وأنكر ذلك، حكمها أن يكلف الطبيب^٣ البينة بالاتفاق، والمعانة، والبرء، على ما تقدم من الحكم في الإثبات، والأجالات، والإعدادات، ووجوب اليمين، وقلبها، وإلزام الجعل، وكذلك الحكم في الجعل على إدراك الحق، قلت: وهذا المقال مبني على القول بجواز الجعل على المداواة إلى البرء، والخصومات، وإدراك الحق، وهو القول المعمول به عند الموثقين، قلت: وهو قول مالك

^١ (قال ... له قيمة) سقط ذلك من خ ١ .

^٢ سقط من ب ، س قوله (بسبب) .

^٣ في ت (العليل) .

الجعل، ولا الإجارة، ومنها ما لا يصح فيه الجعل، وتصح فيه الإجارة، فأما ما يصح فيه الجعل، والإجارة فكثير؛ من ذلك بيع الثوب، والثوبين، وشراء الثياب القليلة، والكثيرة، وحفر الآبار، واقتضاء الديون، والمخاصمة في الحقوق، على أحد قولي مالك، وأما ما لا يصح فيه الجعل، ولا الإجارة، فنوعان: أحدهما ما لا يجوز^١ للمجعول له فعله، والثاني ما يلزمه فعله (5)، وأما ما تصح فيه الإجارة، ولا يصح فيه الجعل، فكثير أيضا، من ذلك خياطة الثوب، وخدمة الشهر، وبيع السلع الكثيرة، والسلعة الواحدة التي تباع من عاجل، ويعلم أن الثمن فيها موجود، أو على أن تباع ببلد آخر، وما أشبه ذلك مما يبقى للجاعل فيها منفعة إن لم يتم المعجول له العمل (6)، وقال ابن مغيث (7) في وثائقه: ينقسم الحكم في الاستئجار على الأعمال على ثلاثة أقسام: منها ما يكون على المجاعلة، مثل أن يقول رب البنيان: ابن لي في هذا الموضع كذا، ففي هذا القسم لا شيء له من الأجرة إلا بعد فراغه مما استؤجر عليه، وما انهدم من ذلك قبل كماله فعلى العامل أن يقيمه ثانية، الثاني أن يكون على المؤاجر رب البقعة ما انهدم قبل تمامه^٢، مثل أن يقول رب البقعة له: تعمل في هذا الموضع كذا بكذا، فيكون للعامل من الأجر بحساب ما بنى إن انهدم، أو منعه مانع من تمامه، الثالث أن يكون مضمونا^٣ بصفة، مثل أن يعامله في ذمته على حفر بئر حتى يبلغ الماء وقد علما شدة الأرض من رطوبتها أو جهلاها. قال يحيى عن ابن القاسم: جاز، وإن علم ذلك أحدهما، وجهله الآخر لم يجز الجعل فيه. قال ابن عرفة: ومن علمه منهما دون صاحبه فهو غار له، كبيع الصبرة جزافا (8)، فلا يجوز إلا باستوائهما في جهل قدرها، ثم يطويها بالحجارة، ففي هذا القسم العمل مضمون على العامل في ماله؛ حيي أو مات.

فإن تداعى رب الثوب مع السمسار على بيع الثوب، تقول قال فلان بن فلان الفلاني إن فلان بن فلان الفلاني جعل له جعلاً قدره كذا، على بيع ثوب بثمن قدره كذا، وأنه باعه، ولزم الجعل للجاعل، فحضر فلان، ووافق على ذلك، حكمها أن يلزم الجاعل دفع الجعل، فإن أنكر، وقامت عليه بينة، وعجز عن المدفع فيها، لزمه أيضا دفع الجعل للمجعول له، وإن طعن في البينة،

^١ سقط من ت قوله (ما لا يجوز) .

^٢ (رب البقعة ... تمامه) سقط ذلك من خ ١ .

^٣ سقط من ت قوله (مضمونا) .

نوع آخر في الجعل والإجارة

قلت: أما الجعل (1) فهو أن يجعل الرجل للرجل^١ جعلا على عمل يعمل له إن أكمل العمل، وإن لم يكمل له العمل لم يكن له شيء، وذهب عناؤه باطلا، فهذا أجازته مالك، وأصحابه، فيما لا منفعة فيه للجاعل إلا بتمام العمل.

قال ابن رشد في المقدمات: والجعل أصل في نفسه، كالقراض، والمساقات، لا يقاس على الإجارة، ولا تقاس الإجارة عليه، وإن أخذ شيئا منها (2)، ثم قال رحمه الله: ومن شروط صحة المجاعة أن يكون الجعل معلوما، وأن لا ينقد، وأن يكون لا منفعة فيه للجاعل إلا بتمامه، وأن لا يضرب للعمل المجعول فيه أجلا (3).

قلت: قال بعض الشيوخ: الأصل في جوازه ما روي في صحيح البخاري أن نفرا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نزلوا في سفر على حي من العرب، فاستضافوهم، فأبوا ذلك، فلدغ سيد الحي، فسعوا له بكل شيء فلم ينفعه، فقال بعضهم: لو أتيتهم هؤلاء الرهط الذين نزلوا، لعل أن يكون عند بعضهم شيء، فأتوهم، فقالوا: يأبى الرهط، سيدنا لدغ، وسعينا له بكل شيء، فلم ينفعه، فهل عند أحدكم من شيء؟ فقال أحدهم: إني والله أرقى، ولكن والله استضافناكم فلم تضيفونا، فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلا، فصالحوهم على قطيع من الغنم، فانطلق يتفل عليه ويقرأ [الحمد لله رب العالمين] فانطلق يمشي، وما به قلبه، فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه، فقال الذي رقى: لا تفعلوا حتى نأتي النبي صلى الله عليه وسلم، فنذكر له الذي كان، وننظر الذي يأمرنا به، فقدموا على النبي صلى الله عليه وسلم^٢، فذكروا له ذلك، فقال له: (ما يدريك أنها رقية، ثم قال: قد أصبتم أقسموا واضربوا لي معكم بسهم) (4) وضحك صلى الله عليه وسلم. ثم قال ابن رشد رحمه الله: فإن ضرب له أجلا، ولم يشترط أن يترك متى شاء، لم يجز، ثم قال رحمه الله تعالى^٣: فالأعمال تنقسم على ثلاثة أقسام: منها ما يصح فيه الجعل، والإجارة، ومنها ما لا يصح فيه

^١ سقط من ب قوله (للرجل) .

^٢ (فنذكر له ... صلى الله عليه وسلم) سقط ذلك من ب .

^٣ (فإن ضرب له ... رحمه الله تعالى) سقط ذلك من ب .

بذلك على الغسال، رجع الغسال به على اللابس، وهذا الترتيب أرجح ما في ذلك(12)، قلت :
 فإذا دفع ثوب هذا إلى هذا، فلبس كل واحد منهما ثوب صاحبه، جرى ذلك على الاختلاف.
 فإن أخرج القصار الثوب وفيه قرض فقال هو: قرض فأر، ولا ضيعة، ولا فرط، وقال ربه: لا أدري
 هل هو قرض فأر، أو غيره، القول قول من منهما؟ قلت: القصار يضمن القرض إلا أن يعلم أنه قرض
 فأر من غير تضييع، ولا تفريط، وصفة شهادة البينة أن تشهد أن القصار نشر الثوب بمحضرها، وعايته
 صحيحا، لا قرض فيه، ثم يدخله القصار بمحضهم في المنشار، والبينة لم تفارق الموضع، ثم
 يخرج به بعد ذلك فيوجد مقطوعا، فالقصار على هذا محمول على التضييع، حتى يثبت عدم
 التضييع، ولذلك لا يبرأ حتى تشهد البينة على الفصلين أن القرض قرض فأر، وعلى عدم التضييع،
 والتفريط. انظر المقدمات(13) والتنبيهات.

وكانت له أجرة مثله، والثاني أنه لا يكون له أكثر من أجرة مثله وإن أشبه ما ادعاه. قال: وهو

الذي يأتي على مذهب ابن القاسم. فانظره (9).

فإن كان التداعي بين رب المتاع، والصانع في رد المتاع؛ الصانع يدعي الرد، وربّه ينكر، القول قول من منهما؟ قلت: المشهور من المذهب أن القول قول ربّه، ولا يقبل قول الصانع إلا بينة على الرد وهو مذهب المدونة (10)، وحكى شراحها عن عبد الملك أن الصانع في قبض المتاع حكمهم حكم الوديعة، وسواء على مذهب المدونة عملوه بأجر، أو بغير أجر، قبضوه بينة، أو بغير بينة.

فإن كان نزاع بين غسال وبين رب ثوب في ثوب دفعه ربّه للغسال، فغسله هو، وبغيره، وأخطأ الغسال، ودفع الثوب لغير ربّه، ظنا منه أنه للمدفع إليه، فلبسه المدفع إليه وهو يظن أنه ثوبه ما الحكم فيها؟ قلت: الذي في رواية أبي قرة (11) من الموطأ أن لا شيء على اللابس للثوب، ويأخذ ثوبه غير ملبوس، ويرجع الذي لبس ثوبه على الغسال بما نقصه اللبس^١، إلا أن يكون قد أبلاه اللبس^٢، فيكون له أن يضمن الغسال قيمته، وهو على قياس ما في المدونة في الذي يثيب على الصدقة ثوبا وهو يظن أن الثواب يلزمه أنه لا رجوع له فيه إذا فات، وفي المسألة قول ثان أنه لا شيء على اللابس، إلا أن يكون لبس الثوب حتى أبلاه، وهو قول مالك في رواية أشهب، وابن عبد الحكم عنه، وفيها قول ثالث: وهو أنه يلزم اللابس غرم ما نقصه لبسه؛ قليلا كان، أو كثيرا، وهو قول سحنون في نوازل من هذا الكتاب، وفيها قول رابع: أنه يلزمه غرم الأقل مما نقصه لبسه، أو مما كان ينقصه ثوبه لو لبسه ذلك اللابس، فإن كان ذلك أقل رجع صاحب الثوب بالفضل على الغسال، وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى، وإذا وجب على اللابس غرم جميع قيمة الثوب بلباسه إن أبلاه على قول مالك في رواية أشهب، وابن عبد الحكم، أو ما نقصه لبسه قل أو كثر على قول سحنون، أو الأقل مما نقصه لبسه أو مما كان ينقصه ثوبه لو لبسه ذلك اللابس على رواية عيسى، فصاحب الثوب مخير؛ إن شاء رجع بذلك على اللابس، وإن شاء رجع به على الغسال، فإن رجع

^١ سقط من ب، ت، خ، ٢ قوله (فلبسه المدفع إليه) .

^٢ (لثوبه ويأخذ... نقصه اللبس) سقط ذلك من خ١ .

^٣ سقط من خ٢ قوله (إلا أن يكون قد أبلاه اللبس) .

فإن كان التداعي بين صاحب ثوب، أقر له به صانع سرق بيته، أو حرق، وقال هذا لفلان، وبين أناس شتى كانت لهم أثواب عند ذلك الصانع، هل يقبل قول الصانع، أم لا؟ قلت: يقبل قول الصانع فيما، عينه لمن عينه، إن كان الحرق، أو السرقة من غير سببه. قال ابن رشد في تكلمه على أول مسألة من رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة، من سماع ابن القاسم، من الصانع لا خلاف أن إقرارهم بالمتاع جائز لأهل المتاع، مع أيمانهم؛ لأن أمانتهم لا تفسد(6).

فإن كان التداعي بين رب الثوب، وصانع الصانع قلت: قال فلان بن فلان الفلاني إنه دفع إلي فلان بن فلان الفلاني القصار عشرة أثواب ليقصرها له، ودفع له ما اتفق به معه من الأجرة، وقدرها كذا وكذا، وأنه فر عن مدينة فاس، ووجدت الأثواب بيد قصار آخر استعمله عليها، فطلبه ربهها بها، فحضر القصار القابض للأثواب المذكورة، ووافق على أن الأثواب هي لمدعيها، وأنه قبضها من الفار المذكور، وقال: لا أدفع الأثواب من يدي إلا بعد قبض أجرتي، ولا يذهب عملي باطلا، هل له ذلك أم لا؟ قلت: ينظر لرب الأثواب، إن كانت له بينة بدفع الأجرة للفار، أخذ ثيابه، وإن لم تكن له بينة فإن الصانع الثاني يحلف أنه ما قبض أجرتي من الفار، ويدفع له رب الثوب أجره، فإن كانت الأجرة الأولى عشرة، والثانية خمسة، دفع رب الثياب للثاني خمسة، وبقيت عنده خمسة للأول، ثم إذا قدم الأول؛ فإن أقر بقبض أجرته فيرجع رب الثياب الغارم على الثاني بما أخذه منه، إذا كان القادم مليئا، فإن كانت الأجرة الأولى أقل، والثانية أكثر من الأولى، لم يلزم رب الثياب أن يدفع إلى الثاني إلا ما استأجر به الأول، قاله ابن رشد في رسم طلق من سماع ابن القاسم(7).

قلت: قوله: لم يلزم رب الثياب أن يدفع للثاني إلا ما استأجر به الأول، هذا إذا ثبت ما استأجر به الأول^١، أو أقر بذلك الثاني، وأما إذا لم يثبت، ولا أقر به الثاني، فلا سبيل لرب المتاع أن يأخذه إلا بدفع جميع أجرة الثاني، إن علمت، وإن لم تعلم قال ابن رشد: فيتخرج ذلك على قولين: أحدهما أن القول قوله في مبلغها مع يمينه، إذا أتى بما يشبهه(8)، فإن لم يأت بما يشبهه لم يصدق،

^١ (هذا إذا ... به الأول) سقط ذلك من ب .

قلت: فإن كانت الدعوى في خياطة بين رب الثوب والخياط، بأن خاطه الخياط^١ مقلوبا، ووافق على ذلك الخياط، أو شهد بذلك أهل المعرفة، فقال المتيطي: على الخياط فتنقه، وإعادة خياطته، ما لم ينقص الفتق، والخياطة من قيمته، فإن نقصت فربه مخير بين أن يضمه قيمته يوم دفعه إليه، وبين أن يأمره بفتقه، وإعادة خياطته. قال ابن رشد: هذا كله إذا حمله الصانع لببت نفسه، وأما إذا حمل رب الثوب الصانع إلى داره، فعمل عنده، فلا ضمان عليه فيما أفسد في عمله، إلا أن يغر من نفسه أو يثبت عليه أنه تعدى في عمله؛ لأنه أجبر، وهل هو محمول على العداء، أو على غير العداء؟ فإن ابن القاسم حمله على غير العداء حتى يثبت العداء، وقال ابن رشد: هو محمول على العداء على مذهب ابن الماجشون حتى يثبت خلافه. انظر رسم جبل حبل حبل من سماع عيسى(4).

قلت: قال ابن رشد انظر في مساوئه في سوء العمل بين الصانع، والأجير، والصانع يضمن، والأجير لا ضمان عليه في البيونة بالثوب للعمل، وغير البيونة، والضمان في الصورتين واحد إن فرط، أو تعدى في سوء الصناعة، كلاهما يضمن؛ بان بالثوب، أو لم يبين، سواء كان صانعا، أو أجيرا، وإنما يفترق الجواب في البيونة، وعدمها في الضمان، إن ادعى ضياعه في البيونة لا يقبل منه، ويضمن، وفي عدم البيونة لا ضمان عليه. فانظره.

فإن كان النزاع^٢ بين حائك، ورب ثوب، والغزل من عند رب الثوب، قلت: قال فلان بن فلان الفلاني إنه اتفق مع فلان بن فلان الفلاني الحائك لينسج له ثوبا، عشرة أذرع في عشرة، على أن تكون أجرة ذلك كذا وكذا، فحضر فلان الحائك المدعى عليه، وقرئ عليه ذلك، فوافق على الأجرة، وقال: إنما كان الاتفاق بيننا على خمسة في خمسة، حكمها أن البينة على رب الثوب، أو يمين الحائك، قاله ابن القاسم عن مالك في رسم القطعان من سماع عيسى من الصانع(5). قلت: انظر كيف جعل القول قول الحائك، ولم يراع ما تشبهه الأجرة المتفق بها، والشأن في المتداعيين أن ينظر لمدعي الأثبة، يكون القول قوله، ولم ينبه ابن رشد في تكلمه على هذه المسألة على هذا. فانظره.

^١ سقط من ت قوله (بأن خاطه الخياط) .

^٢ سقط من ب قوله (النزاع) .

أن تقوم له بينة على التلف من غير تعد، ولا تضييع، أو يكون مما لا يغاب عليه، وأما إن قبضه لينتفع به، ويرد مثله، فهو ضامن له على كل حال؛ كان مما يغاب عليه، أو مما لا يغاب عليه، وذلك كالقراض^١، وأما الوجه الثاني الذي يقبضه لمنفعة صاحبه خاصة، فلا ضمان عليه فيه؛ كان مما يغاب عليه، أو مما لا يغاب عليه، قبض ذلك على أن يحول عينه، كالصباغ، أو على أن لا يحول عينه كالودائع، الحكم سواء، وأما الوجه الثالث وهو ما قبضه لمنفعتيهما جميعا، فإنه يغلب فيه منفعة صاحب المال، ويصدق القابض في دعواه الضياع؛ كان مما يغاب عليه، أو مما لا يغاب عليه، قبض ذلك على أن يحول عينه بتصرفه فيه كالقراض، أو على أن لا يحول عينه كالمستأجر على حملة، أو على رعايته، أو على استعماله، أو ما أشبه ذلك، حاشا الصانع المشترك، والأجير على حمل الطعام، لا يصدقان في دعوى التلف فيما يغاب عليه(3).

قلت: فمن استأجر ثوبا، وادعى ضياعه من هذا المعنى؛ لأنه قبضه^٢ لمنفعتيهما، ونقل الخلاف فيه المتيطي. فقال: وأما إن ادعى المستأجر ضياع الشيء المستأجر، أو سرقته فإنه يصدق مع يمينه، وقال أشهب، وابن سحنون: لا يصدق.

قلت: فإذا كان التداعي بين رب الثوب، والقصار، قلت: قال فلان بن فلان الفلاني إنه دفع إلى فلان بن فلان الفلاني شقة من كتان ليقصرها له، واتفق معه في أجرته بكذا وكذا، وأنه قصرها فوجدها ربها ناقصة القصار، فطلبه بالجواب على ذلك، وما يجب له شرعا، فحضر فلان القصار المذكور، ووافق على ذلك، حكمها إن أمكن أن تعاد الشقة للقصار من غير فساد، فله ذلك^٣، قاله المتيطي، قال: وإن خيف عليه فساد فإنه لا يعيده، وينظر إلى ما أفسده القصار؛ فإن كان يسيرا فله من الأجرة بقدر ما عمل، قال بعض الموثقين: ينظر إلى قيمتها سليمة من غير قسارة، وتقوم مقصرة بتلك القسارة التي أفسد فيها الفساد اليسير، فيكون على القصار ما بين القيمتين، وله من الأجرة قيمة عمله على دناءته، ما لم يجاوز ما سميا أولا من الأجرة، وأما إن كان الفساد كثيرا فقال المتيطي يضمن قيمته، قال بعض الموثقين: يضمن قيمته أبيض غير مقصور.

^١ في ب، س (وذلك العرض) .

^٢ سقط من خ ٢ قوله (قبضه) .

^٣ سقط من ب قوله (فله ذلك) .

نوع آخر في تضمين الصناع

قلت: قال ابن رشد: الأصل في الصناع أن لا ضمان عليهم؛ لأنهم أجراء، وقد أسقط النبي صلى الله عليه وسلم الضمان عن الأجراء عموماً (١)، والعموم يحتمل الخصوص، فخصص أهل العلم من ذلك الصناع^١، وأخرجوهم من حكم الأجراء في الائتمان^٢، وضمنوهم؛ نظراً لضرورة الناس إلى استعمالهم، فلو علموا أنهم لا يضمنون ما أتلّفوا، لتسارعوا إلى أخذ أموال الناس، فكان ذلك ذريعة إلى إتلاف الأموال، ولما تدعو الضرورة إليه؛ إذ لا يحسن كل أحد أن يخيط ثوبه، ويعمل جميع ما يحتاج إليه، فكان هذا من الأمور العامة التي ينظر فيها للفريقين، فتحفظ في دفعها للصانع على التضمنين، حتى إذا علم هلاكها ببينة من غير تضييع لم يضمنوا؛ لإزالة الضرر عنهم، كما إذا لم يعلم الهلاك، والتلف ضمنوا، لإزالة الضرر عن أهل الأموال. هذا قول مالك رحمه الله أنهم ضامنون لما غابوا عليه، وادعوا تلفه، ولم يعلم ضياعه بالبينة من غير تضييع، وعلى ذلك جميع أصحابه، إلا أشهب فإنه يضمنهم، وإن قامت البينة على التلف، وكذلك الرهن عنده قياساً على العارية، ثم قال ابن رشد: وقول مالك أصح؛ لأن الصانع أجبر، ثم قال: وهذا في الصانع المشترك الذي قد نصب نفسه للناس، وأما الصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه للعمل للناس فلا ضمان عليه فيما استعمل: أسلم إليه، أو عمله في منزل رب المتاع (٢).

قال ابن رشد: فتلخيص هذا الباب على مذهب مالك أن القابض لمال غيره بإذن المالك له على غير وجه الملك لا يخلو من ثلاثة أوجه: أحدها أن يقبض ذلك لمنفعة نفسه خاصة، الثاني أن يقبض ذلك لمنفعة صاحبه خاصة، الثالث أن يقبض ذلك لمنفعتيهما جميعاً، فأما الوجه الأول فلا يخلو من وجهين: أحدهما أن يقبض ذلك على أن ينتفع به، ويرد عينه، والثاني أن ينتفع به^٣ بتحويل عينه، فيرد مثله، فأما إذا قبضه لينتفع به ويرد عينه مثل الرهن، والعارية، فهو ضامن له^٤، إلا

^١ في ت (الأجراء) .

^٢ في ت (في الأيتام) وفي ب، خ، ١ (الائتمان) .

^٣ (ويرد عينه ... ينتفع به) سقط ذلك من خ ١ .

^٤ سقط من ت قوله (فهو ضامن له) .

قلت: قال مطرف، وابن الماجشون، وابن عبد الحكم، وأصنع في كتاب ابن حبيب: الثمن
للواهب، وهو قول ابن القاسم.

فإن اشترى رجل من آخر سلعة، أو أصلا، أو حيوانا يعلم المشتري ملكه للبائع بولادة الحيوان عنده إن كان حيوانا، أو بنائه الدار إن كان المبيع دارا، أو نسجه الثوب إن كان المبيع ثوبا، ثم قدم مستحق، وأثبت ملكية المبيع^١ لنفسه، وأعذر في ذلك لمن وجب له فيه الإعدار، وعجز عن المدفع، وحكم للمستحق بالمبيع بعد يمينه على ما مضى في اليمين من الخلاف، والتفصيل: هل يرجع المشتري على البائع^٢ بما دفع له من الثمن، أم لا؟ قلت: أفتى الزرويلي في أجوبته بأن لا رجوع للمشتري على البائع بالثمن، قلت: لكونه يعلم أن المستحق غاصب لما استحققه، والمشهور عند غيره غيره.

فإن ادعى المستحق من يده ضياع الشيء المستحق، هل يقبل قوله في الضياع، أو لا يقبل؟ قلت: قال ابن عرفة عن اللخمي: يقبل قوله في الحيوان بالتلف، وغيره^٣، وفي الموت إذا سافر وحده، وإذا سافر مع جماعة، أو مات في الحضر لا يقبل قوله إلا ببينة، وهو في العتبية من سماع ابن القاسم، وقال ابن رشد في قوله في العتبية: ويحلف إذا ادعى تلف السلعة التي اشترى، وقوله: ويغرم قيمتها خوف أن يكون غيبها، ثم قال: ومثله يجب في المرتهن، والمستعير، والصانع، وقوله: إن أتى ببينة على الضياع لم يكن عليه شيء، قال ابن رشد: معناه أن تشهد البينة على معاينة ضياعه، وقال محمد في الصانع: لو احترق بيته فبرى ثوب الرجل في النار هو ضامن حتى يعلم أن النار من غير سببه على ما يأتي بيانه في تضمين الصانع إن شاء الله تعالى (28).

فإن قطع رجل شجرة من بستان رجل، هل يلزم القاطع قيمتها قائمة، أو قيمتها حطباً؟ قلت: قال ابن حبيب في النوادر: يلزمه قيمتها قائمة، وقد تقدم صفة القيمة قائمة، وما فيها من الخلاف. فإن وهب رجل عبداً لرجل آخر، ثم استحق العبد الموهوب لمن تكون قيمته التي يرجع بها الواهب على البائع له، هل للواهب أو للموهوب له؟

^١ في ب (وأثبت الجميع) .

^٢ في ت (البائع على المشتري) .

^٣ سقط من ت قوله (بالتلف وغيره) .

قلت: واختلف في القيمة قائما، كيف تكون؟ فقال ابن عرفة في استحقاقه: يقال: كم قيمة الأرض براحا؟ فقل مائة، قيل كم قيمتها^١ بهذا البناء؟ يقال مائة وخمسون، فيعلم أن قيمة البناء خمسون، هذا على تأويل قول ابن حبيب، ثم قال: وعلى تأويل قول ابن القاسم يقال: بكم يبنى مثل هذا؟ فيقال بخمسين، هذه قيمة البناء، قال ابن عرفة: واختلف في القيمة، أي وقت تكون، فقال المازري: يوم البناء، وقوله أيضا: يوم الحكم، وقال ابن رشد في أواخر سماع أشهب من الاستحقاق: أما إذا كان ذلك بحدثان البناء قبل أن يبلى، ففي ذلك قولان: أحدهما أن له النفقة التي أنفق، والثاني له قيمة النفقة، قال: والقولان في المدونة على اختلاف في الرواية فيها، وقد قيل: إن ذلك ليس بخلاف، وأن المعنى في ذلك أن له النفقة إن كان لم يغبن فيها، وقيمتها إن كان غبن فيها، فيرجع ذلك إلى أنه يكون عليه الأقل من^٢ النفقة، أو قيمتها، ثم قال: وأما إن كان ذلك بعد أن طال الأمد، وبلى البنيان، فلا يكون له على المستحق إلا قيمة بنائه قائما على حالته التي هو عليها من البناء، قولاً واحداً، قال: ووجه العمل في ذلك أن يقال كم قيمة الدار اليوم على ما هي عليه من هذا البنيان القديم؟ فيقال مائة، وكم قيمتها اليوم لو كان هذا البنيان الذي فيها جديداً؟ فيقال مائة وعشرون، فينظر ما بين القيمتين من النفقة التي أنفق، أو من قيمتها على الاختلاف المتقدم فما بقي هو الذي يجب الرجوع به للمستحق من يده، فإن أبي ذلك أعطاه المستحق من يده قيمة البقعة، فإن أبي كانا شريكين، وقد قيل إن أبي المستحق أن يعطيه قيمة البناء كانا شريكين، ثم قال: ولم ير على المستحق من يده غرم ما هدم، أو قطع من الشجر إذا كان لما فعل من ذلك وجه، ولم يكن عبثاً، قال ابن رشد: هذا مذهب رواية أشهب من سماعه، ثم قال: وهذا ما لم يكن من بنيان الأمراء، قلت: قال ابن عرفة: إن البناء إذا كان من بناء الملوك، وذوي الترف أن القيمة فيه منقوضا، مقلوعا، قال ابن رشد: لأنه أُلِفَ ماله فيما لا يسوغ له من السرف المنهي عنه (27).

^١ (براحا ... كم قيمتها) سقط ذلك من ب .

^٢ سقط من ت قوله (الأقل من) .

^٣ (فإن أبي ... من يده) سقط ذلك من ب .

يتضرر به مثل الدار ذات مساكن تحتل القسمة، ويصير الجزء المستحق منها مسكنا بما ينوبه من ساحتها، ومدخلها، ومنافعها، أو يكون ليس بمراد للسكنى، مثل الفنادق فللمشتري رد المبيع، ويسترجع ثمنه في الوجه الأول، ويرجع في الوجه الثاني بما ينوب الجزء المستحق من الثمن. انظر سماع عيسى رواية وشرحا (21)؛ وإن كان المستحق شيئا كثيرا فاختلف في حد الكثير ما مقداره، فقليل النصف، وقليل الجبل، وقليل الثلث، وقليل الفرق بين الاستحقاق من الدار الواحدة، والاستحقاق من الدور، فمن الواحدة يعتبر الثلث، فأكثر، ومن الدور لا يعتبر المستحق حتى يزيد على النصف. انظر استحقاق المدونة (22)، والشيخ عليها (23)؛ وأما إن كان المستحق شيئا معينا مثل بيت من دار، أو ناحية من أرض، أو جنة، فقال ابن عبد الرقيق: قال ابن القاسم: ليس للمشتري أن يتمسك بما لم يستحق من المبيع؛ لأن ثمنه مجهول لا يعلم إلا بعد التقويم، وقال ابن حبيب: له ذلك. وفرق بعض القرويين بين البيع، والنكاح، فقالوا يفسخ في البيع، ويمضي في النكاح؛ لأن الزوجة ترجع في النكاح بقيمة المستحق (24).

قلت: فإذا بنى^١ المستحق من يده الدار كلها، أو بعضها، فطلب بعد ثبوت الاستحقاق قيمة بناءه، هل يقوم له قائما، أو منقوضا؟ قلت: لا يخلو المستحق من يده، إما أن يكون بنى، أو غرس في غير ملكه عمدا بغير إذن رب الأرض، ولا شبهة ملك، أو معار إلى أجل، أخرج لتمام أجله^٢، فلب الأرض أمره بإخراجه من أرضه، أو أخذه مجانا إن لم يكن له ثمن بعد قلعه، فإن كان له ثمن فلربها أخذه بقيمته. قال ابن عرفة: في المدونة (25) مع غيرها منقوضا مقلوعا، الصقلي عن محمد بعد أجر القلع، وقد تقدم في الغصب ما فيه من الخلاف، وإما أن يكون بنى، أو غرس بأرض قوم بإذنهم، أو بعلمهم، ولم يمنعوه، فله قيمة ذلك قائما، قال ابن عرفة^٣ في عاريتة: وكذلك من تكارى أرضا، أو منحتها لأجل، أو لغير أجل، أو بنى بأرض له فيها شريك بعلم شريكه، قال ابن عرفة: قال الأخوان: (26) ما اختلف فيه قول مالك، ولا أحد من أصحابه.

^١ في ب (قلت لا يخلو المستحق) .

^٢ سقط من خ ٢ قوله (أخرج لتمام أجله) .

^٣ سقط من ت ، خ ٢ قوله (قال ابن عرفة) .

زياد عن مالك أن عليه قدر ما سكن، وهي مسألة المدونة (20). قلت: وإن كان الوارث الطارئ يحجب الوارث المستغل، فقال ابن عبد الرفيح: لا خلاف^١ أنه يرد الغلة. قلت: انظر كيف نفى عنه الخلاف وأثبت الخلاف في الغاصب الذي دخل بغير شبهة، والفرق بينهما، أن الغاصب إذا ضاع الشيء المستغل يضمنه، بخلاف هذا، لا ضمان عليه.

فإذا طلب المستحق أن يخرج بالشيء المستحق إن كان عبداً، أو دابة لبلد يثبت ذلك فيه، وقال: ليس عندي قيمة، وأعطى حميلاً بها، هل له ذلك أم لا؟

قلت: قال ابن عبد الرفيح: ليس له ذلك إلا برضا ممن ألفت في يده، فإذا حكم بالقيمة ووضعت، وضرب للمستحق أجل يليق به باعتبار الموضع الذي يخرج إليه بها، فإن لم يأت عند تمام الأجل، قال ابن عبد الرفيح: أخذ القيمة من كانت بيده. قلت: هذا إذا لم يمنعه عذر. قلت: وظاهره أيضاً، أن له أن يأخذ القيمة من غير أن يحكم له بها، وليس الأمر كذلك، بل لا بد أن يحكم له بها، وإن جاء بها وقد زادت ولم يثبتها ردها، وأخذ قيمته، وإن نقصت في يده، كان للذي له القيمة الخيار، إن شاء أخذها، وإن شاء أخذ القيمة، وتركها، وكذلك إن ماتت كانت مصيبتها من الذي توجه بها، وإن هلكت القيمة وحدها، كانت ممن وضعها، وأخذ الذي كانت الدابة في يده دابته، وإن هلكا معاً، كانت مصيبة كل واحدة منهما من صاحبها، وإن جاء بها معيبة، وقد تلفت القيمة، كان للذي كانت في يديه أخذها، ومصيبة القيمة ممن وضعها. قلت: فإن أوقفت هذه الأمة، أو هذه الدابة على من تكون نفقتها في أيام الإيقاف؟ قلت: قال ابن عبد الرفيح: نفقتها على الذي يقضى له بذلك^٢. قلت: هذا كله إذا كان الاستحقاق في جميع الشيء المستحق، فإن كان

الاستحقاق في الأصول، وكان في بعضها، فلا يخلو ذلك البعض من وجهين: إما أن يكون جزءاً شائعاً، وإما أن يكون شيئاً معيناً، فإن كان جزءاً شائعاً، فلا يخلو حاله من أن يكون يسيراً، أو كثيراً، فإن كان يسيراً، مثل العشر، فلا يخلو من أن يكون ذلك مما يتضرر به المشتري في بقية الدار، لكونها لا تنقسم، ومشتريها ممن لا يسكن أحداً معه، إما لكثرة عياله، أو لعظيم منصبه، أو يكون مما لا

^١ سقط من خ ١ قوله (لا خلاف) .

^٢ (قلت ... له بذلك) سقط ذلك من خ ٢ .

^٣ (وإما أن يكون ... شائعاً) سقط ذلك من خ ٢ .

^٤ سقط من خ ٢ قوله (فإن كان يسيراً) .

ذلك قول مالك رحمه الله، فروي عنه أن الغاصب لا يرجع عليه بالغلة، وتكون له بالضمان في الأصول، والحيوان: أكرى ذلك، وقبض الخراج، أو سكن الدار، أو استخدم العبد، وما أشبه ذلك، وروي عنه أنه أوجب الغلة على الغاصب في الأصول، والحيوان،^١ وروي عنه أنه فرق بين الأصول، والحيوان: فضمنه في الأصول، ولم يضمنه في الحيوان، وهذا القول استحسان (17).

قلت: قال ابن عبد الرفيح: والولد مردود مع الأمهات قولاً واحداً، ثم قال: واختلف بماذا يستحق المستحق الثمرة في استحقاق الأصول، قيل: يستحقها المستحق^٢ يبلوغها إليه، إما بالحكم، والقضاء، وإما بثبوت الحق بشهادة شاهدين، وإما بأن يشهد للمستحق شاهد واحد، ثم قال: وعلى الاختلاف المذكور في ذلك، وروى أبو زيد عن ابن القاسم أن الثمرة تكون للمستحق، ما لم تجد، وفي كتاب ابن المواز، ما لم تيبس، ويرجع عليه بالسقي، والعلاج. قال ابن عبد الرفيح: ما لم يجاوز الغلة. قال ذلك ابن القاسم، وروي عنه أن لا شيء للغاصب، واختار اللخمي الأول، وعلى ما قال في المدونة (18) في الرد بالعيب، ما لم تطب. وهذا إن كان المستحق منه اشترى الأصول قبل إibar الثمرة، وأما إن كان اشتراها بعد الإibar فالثمره للمستحق على مذهب ابن القاسم، وإن جدت،^٣ ويرجع عليه بالسقي، والعلاج كالرد بالعيب، وعلى مذهب أشهب تكون الثمرة للمستحق، ما لم تجد، فإن جدت كانت للمشتري، ثم قال: وحيثما وجبت الثمرة للمستحق^٤ يجب للمشتري المستحق منه الرجوع عليه بالسقي، والعلاج إن كان عاج وسقى (19).

قلت: فإذا استحق المستحق الشيء المستحق، هل يحلف أم لا؟ ثلاثة أقوال: مالك لا يمين عليه في الأصول، ويحلف في العروض، ابن القاسم وابن وهب يحلف فيهما، بعض المتأخرين يفرق بين أن يكون الاستحقاق من يد الغاصب، أو غيره، فمن الغاصب،^٥ لا يمين عليه، ومن غيره يحلف. قلت: فإن طرأ وارث على آخر، وشاركه فيما في يديه، وقد سكن، أو زرع، ولا علم له بالطارئ فنقل ابن عبد الرفيح عن ابن القاسم أن لا يرجع على أخيه بشيء إلا أن يكون به عالماً، وروى علي ابن

^١ (أكرى ذلك ... في الأصول والحيوان) سقط ذلك من ت .

^٢ (الثمره في استحقاق ... المستحق) سقط ذلك من خ ٢ .

^٣ في ب (وجدت) .

^٤ (ما لم تجد ... للمستحق) سقط ذلك من ب .

^٥ سقط من خ ٢ قوله (فمن الغاصب) .

الغاصب ما له قيمة إذا قلعه، لم يكن للغاصب على المغصوب منه شيء، فإن من حقه أن يلزم الغاصب هدم البناء، وإعادة البقعة على حالها، فإذا أسقط حقه منه في ذلك فلا حجة له، ويؤيد ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: (ليس لعرق ظالم حق) (10)، ثم قال: واختلف في غلات المغصوب على قولين: أحدهما أن حكمها حكم الشيء المغصوب، والثاني أن حكمها بخلافه، فعلى القول أن حكم الغلة حكم الشيء المغصوب^١ تلزم من يوم قبضها، أو أكثر ما انتهت إليه قيمتها، ثم قال وهذا كله فيما اغتلت من العين المغصوبة مع بقائها، وأما ما اغتلت من الدراهم بتحويلها بالتجارة فيها، أو الزرع يزرعه في أرضه، فالغلة له قولاً واحداً في المذهب (11).

قلت: انظر قول ابن رشد قولاً واحداً، وقد نقل ابن عبد الرقيق الفرق بين أن يكون الغاصب مليئاً، أو معدماً، فإن كان مليئاً كان الربح له، وإن كان معدماً كان الربح للمغصوب منه، قال: وهو قول ابن القاسم، وابن حبيب في الولي يتجر بمال اليتيم لنفسه.

قلت: وأما الاستحقاق (12) فقال ابن رشد: دليله من القرآن [فَإِنْ عُرِيَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّ إِثْمًا] (13) أي باطلاً يوجب إثمًا، فالاستحقاق هو أن يحق الرجل الشيء لنفسه بما تثبت به الحقوق، وتمضي لأهلها، وذلك بشاهدين^٢، أو بشاهد وامرأتين، أو بشاهد ويمين، على مذهب من يرى القضاء بالشاهد واليمين، فإذا أقام ذلك وجب الحق، ولزم القضاء به في الظاهر بعد الإعدار، وإن كان الأمر في الباطن على خلاف ذلك، فليس حكم الحاكم بالذي يحله له، بدليل قوله عز وجل [يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِإَبْطَالٍ] (14) وقوله صلى الله عليه وسلم (إنما أنا بشر مثلكم ... الحديث) (15).

فإن كان الشيء المستحق مما له غلة قد اغتلتها المستحق منه، فهي له، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام (الخراج بالضمان) (16)، ثم قال ابن رشد: اختلف أهل العلم في الخراج بالضمان، هل يحمل على عمومته في الغاصب، والمشتري، ومن ضمن بشبهة، أو بغير شبهة^٣، أو يقصر على المعين الذي خرج عليه، الذي هو البيع فيحمل على من ضمن بوجه شبهة؟ على قولين. واختلف في

^١ (والثاني أن حكمها ... الشيء المغصوب) سقط ذلك من ت.

^٢ في ب (بشاهد).

^٣ سقط من ب، ت قوله (بغير شبهة).

قيمته يوم الغصب، عند ابن القاسم، ويتخرج على مذهب سحنون، أنه يأخذه، ويضمن الغاصب قيمة العيب يوم الغصب، وإن كانت بجناية الغاصب فالمغصوب منه مخير بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب،^١ أو يسقط عنه حكم الغصب،^٢ فيأخذه، وما نقصته جنايته يوم الجناية عند ابن القاسم، وقال سحنون: إنه مخير بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب، أو يأخذه، وما نقصته الجناية يوم الغصب، وذهب أشهب إلى أنه مخير بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب، أو يأخذه ناقصا، ولا شيء له في الجناية، وإن كانت بجناية غير الغاصب فالمغصوب منه مخير بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب، ويتبع الغاصب الجاني، وبين أن يسقط عن الغاصب طلبه، ويتبع الجاني بحكم الجناية، وقد قيل: إن للمغصوب منه أن يضمن الغاصب في الوجوه كلها التي تفتت^٣ القيمة في أي يوم شاء، فيكون له عليه أرفع القيم. حكى هذا القول ابن شعبان عن ابن وهب، وأشهب، وغيرهما، ثم قال: واختلف في نقل الشيء المغصوب من بلد إلى بلد إن كان عرضا، أو حيوانا على ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك فوت يخير المغصوب منه بين أن يأخذ متاعه،^٤ أو يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب، قاله أصبغ، الثاني أن ذلك ليس بفوت، فليس للمغصوب منه إلا أخذ متاعه. قاله سحنون، الثالث الفرق بين الحيوان والعروض، فيكون فوتا في العروض دون الحيوان(8)، ثم قال: وأما ما يخرج منه مما له عين قائمة ينقسم إلى قسمين: أحدهما أن يكون ذلك الشيء يمكنه إعادته على حاله كالبقعة يبنيتها، وما أشبه ذلك، الثاني أن لا يقدر على إعادته على حاله كالثوب يصبغه، أو الجلد يدبغه، وما أشبه ذلك؛^٥ فأما الأول فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها، وإزالة ما له فيها من النقص، أو يعطيه قيمته^٦ مقلوعا، مطروحا بالأرض بعد أجرة القلع، قاله ابن سعدون(9)، وإليه ذهب ابن المواز، وهذا إذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه، ولا بعبده، وإنما يستأجر عليه، وقيل: إنه لا يحط من ذلك أجر القلع على مذهب ابن القاسم في المدونة، وإلى هذا ذهب ابن دحون، وإن لم يكن في البنيان الذي بناه

^١ (وإن كانت بجناية ... القيمة يوم الغصب) سقط ذلك من ت .

^٢ في ب (المغصوب)

^٣ في ب (بقيت) .

^٤ (من بلد ... أن يأخذ متاعه) سقط ذلك من خ ٢ .

^٥ (الثاني أن لا يقدر ... وما أشبه ذلك) سقط ذلك من خ ١ .

^٦ سقط من ب ، خ ١ ، خ ٢ ، س قوله (أو يعطيه قيمته) .

نوع آخر في الغصب والاستحقاق والتعدي

قلت: قال ابن رشد: الغصب دليله من القرآن [وَكَانَ وِرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا] (١) أي

كل سفينة، صحيحة غصبا، وقد قرئ "وكان أمامهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا" ولذلك خرقتها
الخضر صلى الله على نبيينا وعليه وسلم، وفي قراءة ابن مسعود "كل سفينة صالحة غصبا"، ثم قال:
فالتعدي على رقاب الأموال بالأخذ لها ينقسم على سبعة أقسام، لكل قسم منها حكم يختص به،
وهي كلها محرمة بالكتاب، والسنة، والإجماع، فأحد الأقسام: أخذ المال على وجه الحراية،
والثاني أخذه على وجه الغصب (٢) من غير حراية، والثالث أخذه على وجه الاختلاس، والرابع
أخذه على وجه السرقة، والخامس أخذه على وجه الخيانة، والسادس أخذه على وجه الإذلال،
والسابع أخذه على وجه الحجر والاقتطاع (٣).

وأما حكم الغصب فمنه غصب الأموال^١ بغير حق على سبيل القهر، والغلبة، والملك لأصل الرقاب.
قال ابن رشد: فيجب على الغاصب حقان، حق لله عز وجل، وحق للمغصوب منه: فحق الله عز
وجل الأدب، والسجن، على قدر اجتهاد الإمام، لينتهي الناس عن حرمان الله تعالى، ولا يسقط
ذلك عنه عفو المغصوب منه، إلا أن يكون الغاصب صغيرا، غير بالغ، فيسقط عنه الأدب؛ لقول
رسول الله صلى الله عليه وسلم (رفع القلم عن ثلاث) (٤)، فذكر فيهم الصبي حتى يحتلم، وقد قيل:
إن الإمام يؤدبه كما يؤدب الصغير في المكتب، واختلف إذا كان صغيرا لا يعقل، فقيل: إن ما
أصاب هدر، وقيل: إن ما أصاب من الأموال في ماله، وما أصاب من الدماء حملته عنه العاقلة (٥)،
إن كان الثلث فصاعدا. انظر تمامها في المقدمات (٦)، ثم قال: وحق المغصوب منه أن يرد إليه ماله
بعينه، إن كان قائما، أو قيمته يوم الغصب، إن كان فائتا، إلا في المكيل، والموزون، والمعدود، فإنه
يُرد مثله، ولا يفيت الشيء المغصوب حوالة سوق (٧)، وبغيته النقصان، والعيوب، وإن لم تكن
مفسدة، فإن كانت بأمر من السماء، لم يكن للمغصوب منه إلا أن يأخذه ناقصا، أو يضمّن الغاصب

^١ (أي كل سفينة ... سفينة غصبا) سقط ذلك من ت، خ ٢.

^٢ في ب (الأقوال).

يجب على الأمر، فالسلعة للمأمور، إلا أن يأخذها الأمر بغرمه^١، ثم قال: وفيها ولو أنكر المسلم إليه الثمن، ضمن الوكيل المسلم فيه؛ لإقراره بثبوت علم المسلم إليه، وتفريطه في الإشهاد بذلك.

^١ (ولو ضاع ... يأخذها الأمر بغرمه) هكذا وردت هذه الفقرة في جميع نسخ المخطوط ، والواضح أن ما نقصا لا يستقيم معه المعنى، ولم أعثر على مصدرها.

ما دفع إليه شيئا، وإن كان موتهما بغير حدثان ذلك، وما يكون مثله المخرج، والقضاء، والدفع، فلا شيء في أموالهما، وإن لم يعرف الدفع، قال: ولا خلاف عندي في هذا الوجه إلا على القول بأن على الوكيل البينة على الدفع في القرب والبعد(26).

قلت: فإن كان التوكيل تفويضاً، قال ابن رشد في سماع عيسى: إنما تكون الوكالة مفوضة في كل شيء، إذا لم يسم فيها شيئاً، ولفظ التفويض يعم كل شيء(27)، وهل له أن يوكل به، أم لا؟ خلاف. اختار المتطيبي منه، أن للمفوض إليه أن يوكل عمن وكله.

قلت: القابضون، والدافعون. قال ابن رشد في المقدمات هم أربعة: دافع من ذمة إلى ذمة، ودافع من ذمة إلى أمانة، ودافع من أمانة إلى أمانة، ودافع من أمانة إلى ذمة، قال ابن عرفة: قال في المدونة: دافع من أمانة إلى أمانة في براءته بتصديق من أمر بدفعها له مدعي تلفها قولاً ابن القاسم فيها، وفي الموازية، ودافع من أمانة إلى ذمة خربة، قولان في سماع عيسى مع أحد نقلي أبي زيد عنه، وثانيهما ودافع ما في ذمة إلى أمانة، لا يبرأ بتصديق من أمر بدفعه له، إن ادعى تلفه^١، لا أعرف فيه نص خلاف إلا أن يتخرج فيه من الأمانة، وقال قبل هذا: دافع أمانة لغير اليد التي دفعت إليه، عليه الإشهاد، كولي الأيتام، لا يصدق في الدفع إن أنكره القابض، لا أحفظ فيه نص خلاف، إلا قول ابن الماجشون فيمن بعث ببضاعة مع رجل إلى رجل، أنه لا يلزمه^٢ الإشهاد عليه في دفعها، ويصدق، وإن أنكره القابض، كانت دينا، أو صلة(28).

قلت: وفي الذي يضمنه الوكيل، قال ابن عرفة: في المدونة: من باع سلعة لرجل بأمره، فإن أعلم المشتري في العقد أنها لفلان، فالعهد(29) على ربه، فإن ردت بعيب فعلى ربه ترد، لا على الوكيل، وإن لم يعلم أنها لفلان، حلف الوكيل، وإلا ردت السلعة عليه، ثم قال: وما باع الدالون، والنخاسون، ومن يعلم أنه يبيع للناس، فلا عهد عليه، ولا استحقاق، والتباعات على ربه إن وجد(30). ولو ضاع للمأمور ثمن ما ابتاعه، ففي غرمه للآمر ثالثها: إن كان شراؤه قبل قبض من الأمر. بعض المدنيين في قراضها(31)، والمشهور معها، ومحمد قائل ولو تلفت السلعة، وحيث لا

^١ في ب (دفعه) .

^٢ في ب (إنما يلزمه) .

لم تقيم للغريم بينة بالخمسة التي ادعى، وغرم العشرة كلها، ثم قدم صاحب الحق، وأقر بقبض الخمسة، فلا غرم على الوكيل إن ادعى دفع العشرة إلى الموكل،^١ وإنما يرجع على صاحب الحق، لأنه هو الذي فرط (24)، قلت: تفريطه أنه مكن الوكيل من طلب جميع الدين.

فإن وكل رجل رجلاً على تقاضي ديونه، وفوض له في ذلك، فإن صالح الوكيل الغريم صلحاً ظهر فيه الصلاح، والسداد، هل يلزم ذلك لرب المال أم لا؟ قلت: قال عيسى في نوازل: لا يجوز هذا الصلح، ولا يلزم حتى ينص على المصالحة في رسم التوكيل، فحينئذ يجوز إذا كان على وجه النظر. قال ابن رشد: ذلك صحيح، إذ لا يقتضي تفويضه القبض المصالحة، وإن كان ذلك من النظر للموكل، إذ ليس للوكيل^٢ أن يتعدى في وكالته ما سمي إليه، ويتجاوز ذلك إلى ما لم يسم إليه (25).

فإن وكل رجل رجلاً على بيع داره، فباعها، ثم طلب الموكل الوكيل بالثمن، وادعى الوكيل أنه دفعه للموكل، هل القول قول الوكيل، أو قول الموكل؟ قلت: قال ابن رشد في تكلمه على مسألة من رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع، والوكالات: يتحصل في هذه المسألة أربعة أقوال: أحدها أن القول قول الوكيل مع يمينه جملة من غير تفصيل، الثاني إن كان طلبه بقرب^٣ ذلك بالأيام اليسيرة، فالقول قول الموكل، أنه ما قبض، وعلى الوكيل البينة، وإن تباعد الأمر مثل الشهر، ونحوه، فالقول قول الوكيل مع يمينه، وإن طال الأمر جداً، لم يكن على الوكيل يمين^٤، الثالث أنه إن كان بحضرة ذلك، أو بقربه بالأيام اليسيرة صدق^٥ الوكيل مع يمينه، وإن طال الأمر جداً صدق دون يمين، الرابع التفرقة بين الوكيل المفوض، والوكيل على الشيء بعينه، فالوكيل على الشيء بعينه^٦ لا يبرأ حتى يقيم البينة على الدفع، وإن طال الأمر، والوكيل المفوض يصدق في القرب مع يمينه، وفي البعد دون يمين، ثم قال: فإن مات الوكيل بحدثان ما جرى ذلك على أيديهما، كان ذلك في أموالهما، إذا عرف القبض، وجهل الدفع بعد يمين الموكل، أنه

^١ في ب (الوكيل) .

^٢ في س (للموكل) .

^٣ سقط من ب قوله (بقرب) .

^٤ سقط من ب قوله (يمين) .

^٥ سقط من س قوله (صدق) .

^٦ سقط من ب قوله (فالوكيل على الشيء بعينه) .

باتفاق، وإن كانت خربة فإنه لا يبرأ، ولا أعرف في هذا نص خلاف، فهي أربعة أوجه: من ذمة إلى ذمة، من أمانة إلى أمانة، من ذمة إلى أمانة، من أمانة إلى ذمة، انتهى من المقدمات (22).
فإن بعث رجل مع آخر شقة لدفعها لزيد، فأخطأ الرسول، فدفعها لغير الذي أرسلت إليه، ففصلها الذي دفعها الرسول إليه قمائج، فبلغ ذلك للمبعوث إليه،^١ فطلب شقته، ووافق القابض لها على ذلك، ما لحكم فيها؟

قلت: قال ابن القاسم، في سماع عيسى: يقال للمبعوث إليه، اغرم خياطة القمايج، وخذ شقتك، فإن أبي،^٢ قيل للذي هي الشقة بيده: إن شئت فادفع القمايج مخيطة، أو أد قيمة الشقة يوم قبضها، قال ابن رشد: هذا على قوله في المدونة في تضمين الصانع منها، لأنه لم ير الخياطة عيباً قائماً يكون ربها بها شريكاً، وهو مخالف لما له في الجعل، والإجارة منها، من أنه رأى الخياطة عيباً، فأوجب الشركة، قال ابن رشد: فالذي يأتي في هذه المسألة، إن أبي المبعوث إليه الشقة، أن يغرم الخياطة، ويأخذ القمايج، قيل للذي هي بيده: أد قيمتها يوم قبضتها، فإن أبي من ذلك كانا شريكين المبعوث إليه بقيمتها غير مخيطة، والآخر الذي خاطها بقيمة خياطته وسواء كانت الخياطة زادت في قيمتها، أو نقصت منها، وإن أراد المبعوث إليه أن يرجع على الرسول الذي أخطأ بقيمة شقته، كان ذلك له، فإن فعل ذلك، رجع الرسول على الذي دفع إليه الشقة (23).
فإن وكل رجل رجلاً على قبض عشرة دنانير له على رجل، فحين طلب الوكيل الغريم بال عشرة، قال له: قضيت منها^٣ لصاحبها خمسة، قال له: لا علم عندي بذلك، وصاحبها وكلني، ورسم الدين هاهو ذا بيدي. هل يحكم عليه بتعجيلها، أم لا؟

قلت: قال ابن رشد في سماع عيسى عن محمد بن عبد الحكم: ينظر إلى رب الدين الموكل: إما أن تكون غيبته قريبة، أو بعيدة، فتجري فيها الأربعة الأقوال المتقدمة، هل يقضى عليه من غير يمين، أو يبعث إليه حتى يحلف، أو يحلف عند إرادة التوكيل، أو يحلف الوكيل على العلم، فإذا

^١ سقط من ب قوله (فإنه لا) .

^٢ (ففصلها ... للمبعوث إليه) سقط ذلك من ب .

^٣ سقط من خ ٢ قوله (فإن أبي) .

^٤ في ت (أخاط) .

^٥ في ت (عليها) .

يدعي الدفع، أو التلف، فإن كان يدعي التلف^١، صدق في جميع ذلك: قبضه بإشهاد، أو بغير
إشهاد، ويحلف إن كان متهما، وقيل لا يحلف وإن كان متهما، وقيل يحلف متهما كان، أو غير متهم،
وإن كان المدعي فيها الدفع، فلا يخلو أن يكون ادعى الدفع إلى اليد الدافعة، أو إلى غير اليد
الدافعة، فإن ادعى الدفع إلى اليد الدافعة، فلا يخلو أن يكون قبض ذلك بإشهاد، أو بغير إشهاد،
فإن قبضه بغير إشهاد صدق، ويحلف قولاً واحداً، وإن قبضه بإشهاد^٢: قال ابن رشد في المقدمات:
يتحصل فيها أربعة أقوال: أحدها وهو المشهور أنه لا يصدق، والثاني أنه يصدق في جميع ذلك،
والثالث أنه يصدق في الشيء المستأجر، ولا يصدق في الوديعة⁽²⁰⁾، ولا في القراض، الرابع أنه
يصدق في القراض، والشيء المستأجر، ولا يصدق في الوديعة، وإن كان المدعي الدفع إلى غير^٣
اليد الدافعة، فلا يخلو أن يصدقه، أم لا، فإن لم يصدقه^٤ فعليه ما على ولي الأيتام، وإن أقر بالقبض
وادعى التلف، فلا يخلو إما أن يكون من أمانة، أو من وديعة، فإن كان من أمانة فلا يخلو من أن
يكون إلى أمانة، أو ذمة، فإن كان قبض إلى أمانة فاختلف في ذلك قول ابن القاسم: فقال مرة:
يبرأ الدافع بتصديق القابض، وهو قوله في الكتاب، وقال مرة: لا يبرأ الدافع إلا بإقامة البينة، وهو
قوله في كتاب ابن المواز، وأما إن كان إلى ذمة مثل أن يقول له ادفع الوديعة التي عندك إلى
فلان سلفاً، أو سلماً في سلعة، أو إلى صانع يعمل فيها عملاً، فلا يخلو من وجهين: أحدهما أن تكون
الذمة قائمة، والثاني أن تكون خربة، فإن كانت قائمة فإنه يبرأ^٥ بتصديق القابض بلا خلاف، وإن
كانت خربة فاختلف في ذلك فقيل: يبرأ، وقيل: لا يبرأ، والقولان في مختصر الأسدية⁽²¹⁾، وأما إن
كان من ذمة، فلا يخلو أن يكون إلى ذمة، أو أمانة، فإن كان إلى أمانة، فلا يبرأ بتصديق القابض
وهو نص ما في المدونة ولا أعلم في هذا الوجه خلافاً، وكذلك لا يصدق إذا أنكر، وأما إن دفع
إلى ذمة، فلا يخلو أن تكون الذمة قائمة، أو خربة، فإن كانت قائمة، فإنه يبرأ بتصديق القابض

^١ في خ (الدفع) .

^٢ في ت (بغير إشهاد) .

^٣ سقط من ب قوله (غير) .

^٤ في خ (فإن صدقه) بإسقاط (لم) .

فإن وكل رجل رجلا على شراء سلعة، فاشترأها، وضاعت السلعة التي اشترى الوكيل، قال ابن يونس قال ابن المواز: يغرم الأمر^١ الثمن، ثم إن ضاع غرمه أبدا حتى يصل إلى البائع.

فإن وكل رجل رجلا أن يسلم له في طعام، فأسلم له فيه، وأخذ رهنا من الغريم، فهلك الرهن قبل علم الموكل به على من ضمانه؟ قلت: قال في وكالات المدونة: هو من الوكيل (١٦)، قال الشيخ الزرويلي: هي على أربعة أوجه: الأول أن يضيع بعد أن قبله، الثاني أن يضيع بعد أن علمه، وقبل أن يقبله، وطالت المدة، الثالث أن يضيع قبل أن يعلم، أو بعد أن علم، ورده، الرابع أن يضيع بعد أن علم، ولم يطل، ففي الرابع يحلف ما رضي، والأولان^٢ يضمنه الأمر، والثالث ضمانه من المأمور، قلت: إذا لم يخبره أنه وكيل؟ قال: وإذا أسقط عنه الضمان، وعاد المقال بين المأمور وبين المسلم إليه نظر، فإن لم يخبر الرسول أنه وكيل كان ضامنا، وإن أخبره حلف لقد ضاع، وكانت مصيبته من ربه، إلا أن يحبس بعد أن لم يقبله^٣ الأمر فيضمنه.

فإن أمر من له عنده دين، أو ودیعة أن يدفع ذلك إلى غيره، فأنكر المبعوث إليه أن يكون قبض شيئا، هل يضمن الرسول، أم لا؟ قلت: قال في المدونة: على الرسول البينة، وإلا ضمن كالوصي يدعي الدفع إلى الورثة، فعليه البينة؛ لأنهم غير من دفع إليه (٧)، قال الله تعالى [فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ] (١٨)؛ لئلا تضمنوا. هذا هو المشهور، أو لئلا تحلفوا. هذا هو قول عبد الملك، قلت: قال ابن يونس قال ابن الماجشون: القول قول المأمور إلا أن يكون قال له: اقض هذا عني فلانا، فهو ضامن؛ لأنه وكله على القضاء، والقضاء^٤ لا يكون إلا بالإشهاد. قال ابن المواز: ولو شرط المأمور الإشهاد^٥ عليه فالشرط جائز، وذلك ينفع المأمور. قال مطرف: ولو شرط المأمور أن لا يمين عليه، كان شرطه باطلا، وعليه اليمين، لأن التهمة تلحقه في هذا. انظر قوله في الكتاب: فأنكر المبعوث إليه أن يكون قبض شيئا (١٩)، قلت: مفهومه لو أقر، لم يكن عليه ضمان، ويصدق. قال الزرويلي: لا تخلو الوديعة، والثوب المستأجر، والقراض من أن يكون المدعي فيها

^١ سقط من خ ٢ قوله (الأمر) .

^٢ سقط من خ ٢ قوله (والأولان) .

^٣ في خ ٢ (يعلمه) .

^٤ سقط من خ ٢ قوله (والقضاء) .

^٥ في خ ١ (أن لا أشهاد) .

في يده بأقل من قيمتها، كما لم يصدق في ذلك مالكةا لو تولى رهنها بنفسه، فإن نكل من هي في يده حلف الموكل، وأخذها، ودفع الخمسة التي أقر بها، ثم ينظر إلى الرسول فإن صدق المرتهن أنها في عشرة اختلف في القضاء عليه له بالخمسة الباقية، وإن صدق الرسول الموكل فلا يمين عليه، لأنه له أن يرد اليمين عليه، وقد نكل عنها، فلو وقع الاختلاف بين الوكيل، والموكل، والمرتهن، فقال من هي في يده: هي في عشرين، وقال الرسول: هي في خمسة عشر، وقال المالك: هي في خمسة، وقيمتها عشرة، فإن الذي هي بيده يحلف أنها في عشرين، ثم لا يكون له إلا عشرة بعد يمين الموكل، ثم لا يكون له إليها سبيل إلا بعد دفع العشرة، ثم يغرم الوكيل خمسة لأجل اعترافه لمن في يده الرهن، أنه قبضها منه، والموكل يزعم أنه لم يوصلها إليه. قلت: انظر هذا مع أن الوكيل أمين مصدق في الذي جعل له الموكل، ومصدق فيما ادعى ضياعه مما بيده للموكل، إلا أن حكمه عندهم في جميع أموره، أن يصدق فيما يشبه^١ دعواه، ولا يصدق فيما لا يشبه، فلذلك لم يصدق في دعواه الرهن في خمسة عشر؛ لأن دعواه الخمسة عشر لا تشبه مع قيمة الرهن عشرة، كما لا يقبل قول الوكيل في دعواه التلف، فيما قبضه بغير معاينة البينة القبض، إذا كانت وكالته مخصصة، ويبرأ الغريم في الوكالة المفوضة، كما يبرأ الوكيل في دعواه الضياع فيما هو بيده للموكل لأنه أمينه، قلت: وهنا تظهر فائدة الوكالة المفوضة، وكذلك تظهر أيضا فائدتها في الرد بالعيب يكون للمفوض دون غيره.

فإن وكل رجل رجلا على شراء سلعة، ودفع إليه الثمن، فاشترأها، ثم تلف الثمن عند المأمور قبل أن يدفعه إلى البائع ما يكون حكمها؟ قلت: قال في المجموعة: ليس على الأمر أن يدفع الثمن ثانية، ويلزم الثمن المأمور، والسلعة له، قلت: هذا إذا لم يعلم البائع أن المشتري هو نائب عن غيره في مال معين، فإن علم، وقامت البينة على الضياع فلا شيء عليه، وقال ابن هشام: فإن لم يدفع الموكل الثمن حتى اشترى له الوكيل السلعة، ثم دفع إليه الثمن فتلف عند المأمور كان على الأمر أن يدفع الثمن ثانية، وكذلك إن تلف ثانية، وثالثة حتى يصل إلى البائع.

^١ في ت (فيما لا يشبه) بإثبات (لا).

^٢ (إذا كانت وكالته... المفوضة) سقط ذلك من ب، ت، خ، ١، خ، ٢.

أخذها لم توجد، ولم تقبض^١، فتعود المسألة إلى أن الأول أحق وأولى، لأن ضمان المنافع من ربه، ثم قال: وما ذكرناه في السلعة المباعة المقبوضة^٢ ضمانها من قابضها مرتفع هنا، وقال ابن رشد رحمه الله تعالى: والكراء بخلاف البيع، والنكاح هو للأول^٣ على كل حال؛ لأنه لا يدخل في ضمان من قبضه، قال ابن دحون: وهو الصحيح، ثم قال الإمام أبو عبد الله المازري رحمه الله بأثر كلامه الأول: نزل سؤال عن هذه المسألة، وأنا حاضر مجلس الشيخ أبي الحسن اللخمي، فأفتى فيها بأن الساكن أولى، وإن تأخر عقده، وذكر أن بعض أصحابه خالفه في هذا الأصل، لأجل ما ذكرنا من فقد الضمان للمنافع، بخلاف الأعيان التي تضمن بالقبض^٤، وذكر أن الشيخ أبا القاسم السيوري رحمه الله ورد جوابه بموافقة ما ذهب إليه، طردا لأصل المذهب، ورأى أن سكنى الساكن حيازة، وقبض يوجب ترجيح جانبه كما هو في الأعيان.

قلت: ويظهر من فتوى اللخمي، والسيوري، أنها موافقة لمذهب أشهب في الكراء، أن قبض الأوائل قبض للأواخر، انظر المازري في الوكالات، وابن رشد في البضائع والوكالات (١٥).

فإن وكل رجل رجلا على أن يرهن له سلعة دفعها إليه، واختلف الموكل، ومن هي رهنا بيده في مقدار ما رهن فيه، ما حكمها؟ قلت: قال أبو إسحاق ابن عبد الرافع: تجري هذه على أحكام الرهان، ثم لا يخلو الوكيل أن يكون صدق من وكله، أو أرهنه، أو خالفهما، فإن كانت قيمة السلعة عشرة، أو زعم من هي في يده أن الوكيل رهنه إياها في عشرة، وقال الأمر لم أمره إلا بخمسة، فإن المرتهن إذا حلف أنها في عشرة، لم يمكن الوكيل منها إلا بدفع عشرة، وكذلك إذا كانت قيمتها أكثر من عشرة، وإن كانت قيمتها أقل من عشرة، وهي الخمسة التي ادعاها الموكل صدق الموكل في ذلك مع يمينه، ودفع خمسة، وأخذ الرهن، ويرجع الأمر مع الوكيل، فإن صدق المرتهن في أنها عشرة، وكانت قيمتها كذلك، ودفع الموكل عشرة، فإنه يستحلف الرسول على أنه أوصل إليه العشرة، ولو صدق الرسول الموكل أنه لم يرهنها إلا في خمسة، لم يوجب ذلك أخذها ممن هي

^١ سقط من خ ٢ (ولم تقبض) .

^٢ في خ ١ (للمقبوضة) .

^٣ في ب (هو الأول) ، وفي ت (هو الأول) .

^٤ (في هذا الأصل ... بالقبض) .

^٥ في ب ، خ ١ ، خ ٢ ، س (إلا أخذها) .

حلف الوكيل أنه قد أسلمها إليه، وحلف الآخر أنه ما قبضها، وبرئنا، وكانت المصيبة من الأمر، فإن نكل المأمور غرم الأقل من القيمة، أو الثمن، وإن نكل المشتري غرم، وإن نكلا جميعا، وكان الأمر قد ابتدأ بالمأمور بغرم الأقل لم يرجع المأمور على المشتري بشيء؛ لأن المشتري يقول للمأمور إذا خلص المقال والدعوى بيني وبينك كنت أنا أبدأ باليمين، فإن نكلت رددت اليمين عليك، فإن أنت نكلت عنها، فلا شيء لك عليّ، وإن ابتدأ الأمر بالمشتري فنكل غرم الثمن، وكان له أن يرجع على الوكيل فيحلفه، فإن نكل غرمه الثمن الذي غرمه للأمر.

فإن وكل رجل رجلا أن يشتري له سلعة، فاشتراها بأضعاف ثمنها، فقال الأمر لا أرضاها بذلك، هل له في ذلك مقال أم لا؟ قلت: قال ابن دبوس: لا تلزم تلك السلعة للأمر إلا أن تكون الزيادة مما يتغابن الناس في مثلها فتلزم، ثم قال: وإن كانت الوكالة على بيع سلعة، وسمى له ثمنًا، فباعها بأقل منه لم يلزمه ذلك البيع، ولو كان النقص يسيرًا^١ جدا، بخلاف إذا وكله على شراء سلعة، وسمى له ثمنًا فاشتراها بأكثر منه، فإن كانت الزيادة يسيرة لزم الأمر، قلت: والفرق بين الشراء، والبيع، أن البيع حدد له فلا يتعدى فيه ما حدد له، والشراء لا يمكن فيه ذلك التحديد غالبا فاغتفرت فيه الزيادة اليسيرة، قال ابن عرفة: وأشار بعض المتأخرين إلى أن لا فرق بين البيع، والشراء، قال: وهذا هو القياس، ولا طريق إلى الفرق إلا العرف.

فإن وكل رجل رجلا على بيع سلعة فباعها الأمر، والمأمور، ولم يعلم أولهما بيعا، وقبضها المشتري من أحدهما، قلت: هذه المسألة تقدمت في النكاح في المرأة يعقد عليها ولياها، وقد وكلت كل واحد منهما على العقد، فإن الأول أولى، ما لم يدخل بها الثاني، وهو غير عالم بعقد الأول، وقد تقدم ما فيها من الخلاف في النكاح، وكذلك تقدمت أيضا في البيوع، وتقدم في مجموع

المسألتين ثلاثة أقوال الثالث منها بالتفرقة بين البيع، والنكاح، قلت: وحصلها المازري تحصيلًا حسنًا، ثم بعد تحصيله الكلام على المسألتين قال: وهذا يقتضي أن من وكل على كراء داره فعقد الوكيل الكراء، وعقد المالك، وقبض أحد المعقود لهما، ثم علم أنه الأخير، فهل يكون أحق^٢ بها لهذا القبض، أو لا يكون أحق بها؟ لأجل أن ما يأتي من المنافع التي يطلب المكتري الأول

^١ في ب (كثيرا) .

^٢ سقط من ب قوله (أحق) .

اللباس أكثر، أخذها من المشتري. قلت: قال ابن دبوس في عكسها: إذا باع بعين، وقال له ربها إنما أمرتك بعرض، كان القول قول المأمور. قلت: هذا إذا كانت مما تباع بالعين لأن المأمور أتى بما يشبه، فلذلك كان القول قوله، وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: القول قول الأمر إن لم تفت، وإن فاتت كان مخيراً بين أن يأخذ ما باعها به، أو القيمة، قال ابن دبوس: والأول أحسن.

فإن وكل رجل رجلاً على بيع سلعة فباعها بثمانية، وقال: بذلك أمرني ربها، فحضر ربها، ووافق على الوكالة، وقال: إنما أمرتك بعشرة، فإن لم تفت عينها حلف ربها، وأخذها. قال ابن المواز: فإن نكل ربها كانت له الثمانية، وقال ابن مزين: (12) إذا حلف الوكيل مضى البيع بثمانية، فإن نكل غرم الدينارين تمام العشرة، وقال ابن القاسم في المدونة، إن فاتت عينها حلف الوكيل، وبرئ (13). قال ابن يونس: تحصيل ذلك: أنه لم يختلف إذا كانت السلعة قائمة، أن القول قول الأمر، وإن كانت فائتة فقول القول قول المأمور، وقيل القول قول الأمر.

فإن وكل رجل رجلاً على بيع سلعة للموكل فباعها الوكيل، ولم يشهد على بيعها، فحين طلب المشتري بثمنها جحد الشراء^١، فهل يضمن الوكيل لكونه فرط في الإشهاد، أو لا ضمان عليه؟ قلت: قال في المدونة: يضمن؛ لأنه أتلّف الثمن، إذ لم يشهد (14)، قلت: وقال ابن عبد الرفيح: ينبغي أن يلتفت في هذا إلى العرف، والعادة التي يعلم منها قصد الموكل، وما التزمه الوكيل من إطلاق هذا اللفظ، وقد قال بعض الأشياخ: إن العادة في عقود البياعات ترك الإشهاد، فلا يضمن الوكيل هاهنا بترك الإشهاد^٢ على العقد في البيع، إذا كانت السلعة الموكل عليها باقية في يده، لكنه لما أسلمها من غير إشهاد كان كالمتلّف لها، قلت: قال ابن دبوس عن عبد الملك: الوكيل مصدق، ولو لم تشهد بينة، وعلى هذا الناس اليوم في كثير من البياعات، فإنهم لا يشهدون، فما كانت العادة فيه عدم الإشهاد، فلا ضمان عليه فيه إن جحد المشتري، أو قال اشتريت بدون ذلك، ولا يمين على الوكيل للأمر إن كانت السلعة^٣ بيد الوكيل، وإن قال أسلمتها للمشتري، وجحد المشتري^٤ ذلك

^١ سقط من خ ٢ قوله (الشراء) .

^٢ سقط من ب قوله (عقود) .

^٣ سقط من خ ٢ قوله (الإشهاد) .

^٤ سقط من خ ٢ قوله (السلعة) .

^٥ سقط من خ ٢ قوله (المشتري) .

نقله ابن هشام عن ابن كنانة، ونقل من سماع عيسى، أن الموكل يحلف حين يوكل أنه ما قبض، ولا أحال، ثم يكتب له الوكالة. قال: وقاله أصبغ.

قلت: فإن تنازع الموكل والوكيل في شراء مملوكة، قلت: قال فلان بن فلان الفلاني أنه وكل فلان بن فلان الفلاني على شراء مملوكة، وأنه اشتراها، وهي لا تليق به، ثم حضر فلان الوكيل المذكور ووافق على الوكالة، والشراء، وأنها تليق بالموكل المذكور، حكمها أن يكلف الوكيل البينة بأنها تليق بالموكل سالمة من العيوب بأهل المعرفة بذلك، فإن أثبت ذلك أعذر فيه إلى الموكل،^١ فإن سلم فيه، أو ادعى مدفعا، وعجز عنه لزمته المملوكة المذكورة، وإن تبين أنه اشترى من لا يصلح للموكل، أو ما فيه عيب مفسد فالوكيل ضامن له، والآمر مخير فيه، ويكون ضمانه من المأمور حتى يختار الأمر، فيكون ضمانه منه، وكذلك الحكم إن كان ثوبا يليق للباس الأمر أو فرشته إن كان فرشاً الحكم سواء، قلت: وأما باعتبار المأمور والبائع،^٢ فالبيع بينهما لازم.

فإن وكل رجل رجلاً أن يسلم له في طعام دراهم ففعل، ثم وجد المسلم إليه في الدراهم زيوفاً، فإن صدقه المأمور، وعرفها، لزم الأمر، وكان عليه بدلها، ولم ينفعه إنكاره لأن المأمور أمينه، وإن قبلها المأمور، ولم يعرفها لزمته، وكان على المأمور بدلها، ولم تلزم الأمر، ويلزمه اليمين أنه ما عرفها من دراهمه، وما أعطاه إلا جياداً في علمه، وإن لم يقبلها المأمور، ولا عرفها حلف المأمور، أنه ما أعطاه دراهمه إلا جياداً في علمه،^٣ وحلف الأمر، ولزم البائع. قاله ابن يونس عن ابن القاسم. فإن وكله على بيع سلعة فباعها بعرض من العروض فلما أتى به إلى الأمر قال له الأمر: إنما أمرتك بالدراهم وكانت السلعة مما لا يباع إلا بالدنانير والدراهم كان القول قول الأمر؛ لأنه حين أتى بما يشبه كان مدعى عليه، والمدعى عليه القول قوله مع يمينه ويرد البيع إن كانت السلعة قائمة، أو فائتة بحوالة سوق؛ لأن حوالة الأسواق لا تفيتها، وإنما يفيتها ذهب عينها، فإن ذهبت عينها، كان مقال ربها مع الوكيل، يأخذه بالأكثر من الثمن، أو القيمة، وإن كان ثوباً لبسه المشتري كان لربه الأكثر من الثمن، أو القيمة، فإن كانت القيمة يوم البيع أكثر، أخذها من الوكيل، وإن كانت يوم

^١ في ت (إلى البائع) .

^٢ في ت ، خ ١ (والأمر) .

^٣ (وإن لم يقبلها ... في علمه) سقط ذلك من خ ١ .

^٤ سقط من خ ٢ قوله (وإنما يفيتها) .

بالشرط المتقدم. قلت: بشرط أن لا يكون بين الوكيل، والموكل^١ عليه عداوة، قاله ابن شعبان، ونقله ابن الحاجب، وابن شاس^(٨)، لما نهى عنه عليه السلام من الضرر والضار^(٩).

قلت: فإذا تقرر هذا، وأذن في التوكيل لمن تقدم ذكره، هل ينسخه طول الزمان أم لا؟ فأقول: إن الفصل الذي نحن بسبيله من توكيل الخصام، الذي استمر عليه العمل، أنه يقتصر إلى تجديد، إذا جاوز ستة أشهر، هذا إذا كانت فترة في خلال العمل، وأما إذا كان خصامه متصلاً، فلا ينسخه طول زمان، قاله ابن دبوس. وكان بعض فقهاء الأندلس يستكثر إمساك الخصومة سنة، ونحوها، وكان يرى تجديد الوكالة إن أراد الخصومة بعد هذه المدة، وكان بعضهم يرى تجديدها في ستة أشهر ونحوها، قلت: وهذا الأخير موافق لما قدمناه في انفصال الخصام.

قلت: فإن كان التوكيل بالتفويض على شيء مخصوص، مثل أن يوكله على قبض دين له، فقبضه بعد أن كان عزل، قلت: قال ابن دبوس: قال ابن القاسم في كتاب الشركة: لا يبرأ الغريم وإن لم يعلم الوكيل بعزله، وقال سحنون: يبرأ الغريم بدفع ذلك له^(١٠)، وقيل إن علم لم يبرأ، وإن لم يعلم برئ^٢، وقيل يبرأ مطلقاً، علم بعزله، أو لم يعلم، قلت: يظهر من هذه الأقوال الأربعة التي نقل ابن دبوس أن قولاً من القولين الأخيرين متداخل مع قول سحنون فانظره.

قلت: فإذا وكل رجل رجلاً على قبض حق له قبل شخص، وسافر الموكل، ثم قام الوكيل يطالب الغريم بالدين الذي وكل على قبضه فادعى الغريم^٣ أنه قضى ربه الموكل منه، ولم تقم له بذلك بينة، فأقول: حكمها على ما قرر فيها ابن رشد رحمه الله من الخلاف، أن الغريم لا تنفعه دعواه من غير بينة على الخلاص، ويغرم، ولا يؤخر فإذا وجد صاحبه أحلفه. هذا في نوازل أصبغ، وقال محمد بن عبد الحكم: ينظر إلى غيبته إما أن تكون قريبة، أو بعيدة، فإن كانت بعيدة، فكما تقدم، وإن كانت قريبة، لم يقض له شيء حتى يحلف. قال ابن رشد: قول ابن عبد الحكم عندي تفسير لقول أصبغ المتقدم، ثم قال: وقيل لا يقضى للوكيل بالدين حتى يكتب إلى الموكل فيحلف، وإن كان بعيداً. وقيل يحلف الوكيل على العلم، وحينئذ يقضى له بقبضه^(١١). قلت: وهذا القول الأخير

^١ سقط من ب قوله (والموكل) .

^٢ سقط من س قوله (برئ) .

^٣ (بالدين ... فادعى الغريم) سقط ذلك من خ ٢ .

عتاب. ونقل عن فقهاء طليطلة أن إقرار الوكيل عامل في جميع ما أقر به على موكله، ونقل عن ابن القاسم فيمن وكل رجلا على الأخذ بالشفعة فأقر أن موكله قد سلمها، فهو شاهد، يحلف المشتري معه، وتبطل الشفعة، فهذا يدل على ضعف الإقرار، وعدم إعماله فيما وكل عليه، قلت: قال ابن عرفة: لا يلزم من لغو إقرار الوكيل على الشفيع لغو إقرار من جعل له الإقرار، فحصل من ذلك من غير اعتبار بحث ابن عرفة ثلاثة أقوال في إقرار الوكيل: اللزوم لأهل طليطلة، عدم^١ اللزوم لابن القاسم من مسألة الشفعة، التفصيل لابن عتاب، ونقل ابن رشد عن بعضهم: أن إقرار غير المفوض إليه غير عامل، وفرق الفشتالي في نقله بين أن يكون إقراره فيما كان قبل توكيله، وما كان بعده، فجعله عاملا في البعدي ولم يجعله عاملا في القبلي، ثم قال: اتفقوا فيمن قال^٢ كل ما أقر به عليّ فهو لازم لي، أن ذلك لا يلزمه، وأما الفرق بينهما فانظره.

قلت: ونقل ابن عبد الرفيح من الكافي عن مالك لزوم الإقرار، وعدم لزومه، قال: وجرى العمل عندنا بلزومه إذا جعل له ذلك (5)، ولذلك تحفظ الأحكام أن لا يقبلوا التوكيل من الخصمين إلا بعد جمع المطالب في التقييد، وجواب المدعى عليه، إما بإقرار، أو بإنكار، فيوكله بعد ذلك على المدافعة فقط. قلت: وهذا لمن يباح له أن يوكل من الرجال، أو النساء للضرورة، فمن الرجال من وُسْم بعلم، أو بديانة، أو مروءة، أو كان مستغرقا لزمانه في خدمة السلطان، لا يكاد أن يغيب من بين يديه، والنساء على الجملة.

قلت: وينبغي للقاضي أن ينظر في أمور الوكلاء، ولا يترك من يتولى ذلك، إلا ثقة مأمونا على أموال الناس، وكذلك يكون مأمونا على النساء، فلا يبيع ذلك إلا لمن هذه صفته، وقال سحنون: ولا يمكن من ذلك من علم بتوليد الخصام، أو مغالطة البيئات، أو العمل بما لا يجوز، فإذا علم منه ذلك أخرج، ومنعه من التوكيل (6)، ويأمر القاضي الوكلاء أن لا يزدادوا على ما يعين لهم، قال ابن دبوس: قال ابن لبابة: وقد أعلمني العتبي (7) أن سحنونا كتب إلى بعض القضاة كتابا عرض على العتبي نسخته، وفيه أن لا يقبل وكالة الخصم لما يفهم من اللدد والتشغيب، وإدخال ما يبطل حقوق المسلمين. قلت: فهذا مخالف لما تقدم لنا عن سحنون، وعلى عمل سحنون جرى العمل

^١ سقط من ت، خ ٢ قوله (عدم).

^٢ سقط من ب قوله (اتفقوا فيمن قال).

قلت: فحصل من هذا ثلاثة أقوال: بالرد في البيع والدين، وبالإمضاء فيهما، وبالتفرقة بين البيع والقبض.

قلت: وقال ابن دبوس: واختلف في الوكيل يموت من وكله على ثلاثة أقوال: قيل هو معزول بنفس الموت، وإن لم يعلم بموته. قال: وهذا هو الظاهر من المذهب، وذكر ابن الهندي أنه إجماع من أهل العلم، وقيل هو على الوكالة حتى يعلم بموته، وهو ظاهر قول مالك في المدونة(4)، وقال مطرف في كتاب ابن حبيب: يجوز قبضه ودفعه وإن علم بموت موكله حتى يعزله الورثة.

فإذا قلنا برد البيع فوجد المشتري قد فوّت المبيع وفلس؛ قال المازري: اختلف في المذهب فيمن أتلّف مال غيره غلطا بإذن تقدم، هل يضمن أم لا؟ فقيل بضمانه لكون الخطأ، والعمد في أموال الناس سواء، وقيل لا يضمن لأجل شبهة الإذن، قال: فكذلك يجب الاختلاف في تصرف الوكيل قبل أن يعلم بالعزل، ثم أتى بالمرأة إذا أنفقت من مال زوجها بعد أن طلقها، ولم تعلم بطلاقه. قلت: وقد تقدمت في باب النفقة بما فيها من الخلاف، ثم قال المازري: ذهب مطرف إلى أن دفعه، وقبضه بعد موت الموكل ماض^١، وإن علم بموته. قال المازري: وهو إفراط؛ لأن تصرفه قبل العلم فيه من الإشكال ما بيناه، ورددناه إلى مسألة أصولية، وأما بعد العلم، واعتقاده أن الورثة صار إليهم المال فلا وجه له. ثم قال بعد هذا في وكيل وكل على بيع سلعة فباعها ثم مات الأمر قبل أن يقبض: فإن ابن القاسم منع الوكيل من القبض، لكون المال صار لغير من وكله، وأصيح مكنه من القبض، فإذا قبضه نظر فيه الحاكم.

فأما الوكالة في القسم الأخير من الأقسام الثلاثة وهو التوكيل على الخصام فلا يخلو حاله من وجهين: إما أن يجعل الموكل للوكيل الإقرار، أم لا، فإن لم يجعل له الإقرار، فمذهب مالك أن إقرار الوكيل غير لازم له، ولا يقضى عليه به، وقال ابن القاسم وأشهب: وإن جعل له الإقرار فأقرّ فهل يلزمه ما أقرّ به عليه أم لا؟ قلت: قال ابن دبوس: إذا أقرّ عنه في الذي هو فيه يخاصم لزمه الإقرار، وإن أقرّ عنه بأن لزيد عليه مائة دينار، أو أنه وهب داره لزيد، لم يلزمه ذلك، قاله ابن

^١ سقطت من قوله (ماض).

^٢ (وقال ابن القاسم... أم لا) سقط ذلك من خ ١.

المفوض إليه في الطلاق، الثالث المرتهن يشترط على الراهن إن لم يؤده حقه إلى أجل كذا، فله بيع الرهن، ثم قال الزرويلي: والوكيل إذا قاعد خصمه مجلسين أو ثلاثة، والوكيل بعوض لأنها إجارة منعقدة، قلت: فتلخص من هذه الصور خمسة لا عزل فيها للوكيل. قلت: وقال ابن عرفة: ففي منع العزل بمجرد انتشاب الخصام، أو مقاعدته ثلاثا، ثالثها بمقاعده مقاعدة تثبت فيها الحجج، ورابعها ما لم يشرف على تمام الحكم، وخامسها على الحكم، لابن رشد مع اللخمي، والمتيطي عن المذهب، وله أحد قولي أصبغ، وعن ثانيهما، والمتيطي ومحمد عن ابن الهندي. قلت: وأما باعتبار الوكيل فإنها في حقه من العقود الجائزة، قاله المازري عن ابن القصار، وعلله بأن الوكيل له أن يعزل نفسه. قال المازري: ^١ وبعض أشياخي يرى أن المسألة تتخرج على قولين في الهبة: هل تلزم بالقول ويمنع الوأهب من الرجوع عنها، وإن لم تقبض، أو يكون للوأهب الرجوع عنها قبل أن تقبض؟ لأن الوكيل وهب تصرفاته، وحركاته لمن وكله يمنع من الرجوع عن ذلك كما يمنع من الرجوع عن سلعة وهبها. إذ لا فرق، وبعض أشياخي يرى أن الخلاف في ذلك مسطور.

قلت: فإذا غاب الموكل، وعزل الوكيل في حال غيبته، ولم يعلم الوكيل بالعزل، حتى باع، أو ابتاع، أو أكرى، أو فعل شيئا مما جعل له الموكل، ثم استبان عزله، بعد وقوع العقد منه بحكم التوكيل، هل ذلك العقد لازم للموكل أم لا؟ قلت: قال المازري: المذهب في ذلك على قولين، ثم قال: وقد جرى الرسم بين الفقهاء المذكورين من أهل الأصول في إجراء هذه المسألة على اختلاف الإصوليين في النسخ، هل يتحقق حكمه عند بلوغ الخطاب للنبي صلى الله عليه وسلم وإن لم يبلغه للمكلفين، أو لا يتحقق حتى يبلغه إليهم؟ قلت: فعلى القول الأول يمضي البيع على الموكل بناء على أن حكم العزل إنما يتحقق بعد العلم، وعلى الثاني ينقض البيع ويرتجع سلعته إن كانت موجودة، ويجرى الأمر فيها على حكم الاستحقاق. قال المازري: وقد ذكر ابن القاسم أن من وكل على قبض دين، ثم عزل، ولم يعلم بالعزل حتى قبض الدين، فإن المديان لا يبرأ بدفع الدين إليه، وأشار سحنون إلى مناقضة من قال بهذا في الدين، وقال في البيع بإمضائه،

^١ (عن ابن القصار ... قال المازري) سقط ذلك من ب .

النوع الآخر في الوكالات

قلت: قال المازري: الوكالة جائزة بالكتاب، والسنة، والإجماع، والاعتبار، أما الكتاب^١ فقوله تعالى [وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ] (١) قال: هذا يقتضي التصرف في مال اليتيم، فإذا جاز ذلك بإذن من لا يملك المال حتى التصرف فيه فجواز ذلك بإذن من يملك التصرف فيه أولى وأحرى، ثم قال تعالى [فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ] (٢) وهذه وكالة من أصحاب الكهف، ثم قال: وهذا وإن ثبت أنه كان في شرعهم فشرع من قبلنا مختلف في تعبدنا به، وأما الآثار فكثيرة لا تحصى، فمنها وكالته عليه السلام لحكيم على أن يشتري له أضحية بدينار، وقد تقرر الإجماع على جواز الوكالة على الجملة، ومن جهة الاعتبار أن بالناس ضرورة إلى النيابة عنهم في أموالهم، فافتضى ذلك جواز الوكالة لأجل الضرورة.

قلت: فإذا تقرر هذا، فالوكالة على ثلاثة أضرب: وكالة مفوضة في جميع الأمور، ووكالة مفوضة على شيء مخصوص، ووكالة على الخصومة، وكل قسم من هذه الأقسام الثلاثة إذا وكل موكل على ضرب من ضروبه فله عزل الوكيل. قال المازري: ما لم يتعلق بالوكالة حق للوكيل مثل أن تكون الوكالة بعوض فإنها إجارة لا يمكن الموكل من عزل وكيله؛ ثم قال: أو يتعلق بها حق لغير الوكيل مثل أن يوكل إنسان رجلاً على المخاصمة فإذا ناشب في المخاصمة مع المطلوب، وأشرف على الانفصال، فإن الموكل يمنع من عزل الوكيل إذا كان منع من ذلك المطلوب فلا يمكن من ذلك إلا لعذر، كمرض الوكيل، أو سفره، أو عجزه عما وكل عليه، أو تفريطه فيه تفريطاً يخشى على تلف حق الموكل معه (٣).

قلت: وقول المازري إذا ناشبه، فسر بعض الموثقين المناشبة بأن يقعد معه مجلسين، أو ثلاثة مجالس؛ قلت: قال ابن دبوس: قال ابن العطار: إذا قاعد الوكيل خصمه ثلاثة مجالس فأكثر، فليس له عزله إلا أن يظهر منه غش، وقال الزرولبي في أجوبته عن أبي محمد: ثلاثة من الوكلاء لا يعزلون: الوكيل على دفع السلم في بلد آخر، أو على دفع دين في بلد آخر، الثاني الوكيل

^١ سقط من ب قوله (أما الكتاب) .

ضعيف معترض أيضا من الوجه الذي اعترض به قول أصبغ، وحكى فضل في كتابه (5) أن الذي وقع في المدونة من قوله: من طلب التأخير منهما فذلك له، إلا أن يجتمعا على المحاسبة، هو من قول ابن القاسم، والصحيح أنه من قول سحنون، كما ذكرنا؛ لأن قوله من طلب التأخير منهما فذلك له، إلا أن يتفقا على المحاسبة لا يلتصق مع قول ابن القاسم قبل ذلك: وإن شاء أن يؤخره الذي له السلم إلى إبانته من السنة المقبلة فذلك له، يتنافى، ويتدافع مع ما لابن القاسم، وكذا هو في بعض نسخ الأمهات من قول سحنون. انظر المقدمات (6).

قلت: ونتكلم في أقسام الطعام؛ فأقسامه على تقسيم ابن رشد رحمه الله أربعة أقسام: طعام يدخر ويقتات به، ويصلح للقوت، وهو أصل المعاش، وطعام يدخر ويقتات به، ويصلح للقوت، وليس بأصل للمعاش غالبا، وطعام يدخر نادرا، وطعام لا يدخر أصلا، فأما ما يدخر ويقتات ويصلح للقوت وهو أصل المعاش^١ غالبا فإن التفاضل في الجنس الواحد منه لا يجوز باتفاق في المذهب، وأما ما يدخر ويقتات وليس بأصل للمعاش غالبا^٢ مثل الجوز، واللوز، وما أشبه ذلك فاختلف قول مالك، وأصحابه في إجازة التفاضل في الصنف الواحد منه، وأما ما كان من الأطعمة يدخر نادرا فالتفاضل في الجنس الواحد منه جائز على مذهب مالك، وأكثر أصحابه كالخوخ والكمثرى وشبههما، وأما ما كان من الطعام لا يدخر أصلا فالتفاضل في الجنس الواحد منه جائز على مذهب مالك، وجميع أصحابه (7)، ثم قال: وأما بيع الطعام بالطعام نسيئة، أو بيعه قبل قبضه، واستيفائه، فلا يجوز بحال؛ اتفقت أصنافه، أو اختلفت، كان مما يدخر، أو مما لا يدخر. انظر المقدمات (8).

^١ (وطعام يدخر ويقتات ... وهو أصل المعاش) سقط ذلك من ت.

^٢ (فإن التفاضل في الجنس ... للمعاش غالبا) سقط ذلك من خ ٢.

قال فيها: لا يجوز تأخير قليل، ولا كثيرا (3). وحكى ابن سحنون لمالك وابن القاسم الجواز، فإن كان التأخير بشرط أكثر من الثلاثة أيام فسد السلم^١.

قلت: وللسلم شروط: الأول منها أن يكون مما يجوز أن يسلم في المسلم فيه، الثاني أن يكون نقدا، أو في حكم النقد، ولا يؤخر بشرط فوق ثلاثة أيام، الثالث أن يكون مضبوطا بصفة في لونه، مقدرا بكيل معلوم، أو وزن معلوم، الرابع أن يكون معلقا بذمة (4)، لا في عين معينة، وأن يكون مؤجلا، أو في معنى المؤجل، مثل أن يعلق القضاء ببلد غير بلد السلم^٢؛ لأن المبتغى في ضرب الأجل اختلاف الأسواق، وهذا المعنى موجود في البلدين وإن قربت مسافة ما بينهما، الخامس أن يكون المسلم فيه موجودا عند الأجل، وسواء كان عند البائع، أو لم يكن، السادس أن يذكر موضع القضاء، فإن وقع السلم على غير هذا فسخ، ولم يجز، إلا أن في بعض هذه الشروط خلافا، والمشهور فيها ما ذكرناه.

قلت: فإن كان المسلم فيه مما له إبان معلوم، ثم انقطع ذلك من بين أيدي الناس قبل استيفاء المسلم الشيء المسلم فيه ففي ذلك خمسة أقوال: تفرعت أربعة منها من قولين أحدهما قول مالك الأول في المدونة أن الذي يوجبه الحكم أن يتأخر الذي له السلم إلى عام مقبل، فإن تراضيا واتفقا على المحاسبة فعلى قولين: الأول منهما أن ذلك لا يجوز لهما؛ لأن ذلك يدخله البيع والسلف، وهو قول مالك الأول في المدونة، والثاني ذلك جائز، وهو القول الأخير الذي رجع إليه، وهو قول سحنون الذي قال فيه إن من طلب التأخير منهما فله ذلك، إلا أن يتفقا على المحاسبة، والثاني قول أشهب أن الذي يوجبه الحكم المحاسبة، وأخذ بقية رأس المال؛ فإن اتفقا على التأخير إلى سنة أخرى، فعلى قولين: أحدهما أن ذلك لا يجوز، وهو قول أشهب؛ لأنه يدخله فسخ الدين في الدين، والآخر أن ذلك جائز، وهو قول أصبغ، وضعفه ابن رشد، وقال: لا تحتمله، فهذه أربعة أقوال، والقول الخامس قول ابن القاسم في المدونة، وكتاب ابن المواز، أن الذي له السلم مخير؛ إن شاء أن يؤخر إلى سنة مقبلة، وإن شاء أن يأخذ بقية رأس ماله، وهو قول

^١ (قال ابن رشد... فسد السلم) سقط ذلك من خ ١.

^٢ في ب (الإسلام).

^٣ سقط من خ ٢ قوله (عند).

نوع آخر في السلم

فإذا كان التداعي في رأس مال السلم (1)، مثل أن يوجد زيوفا. قلت: قال فلان بن فلان الفلاني إنه أخذ سلما من فلان بن فلان الفلاني على كذا، وكذا وسقا من قمح، جنسه كذا، يؤديه له إلى أجل كذا، وقبض رأس مال السلم ناجزا بالمعينة، ثم إنه وجد رأس مال السلم رصا، أو زيوفا، فحضر فلان المسلم، ووقف على عين رأس مال السلم، ووافق على أنه هو الذي كان دفع للمسلم إليه، وأنها رديئة كما زعم المدعي، فحكمها أن السلم لا يفسخ، وللمسلم إليه البدل، وهو نص المدونة في السلم منها، إذا كان رأس مال السلم رصا أو نحاسا، وحمل سحنون ما في المدونة إذا كانت مكروهة العين أو زيوفا (2).

فإن كان تداعيهما في صحة السلم، أو فساد، قلت: قال فلان بن فلان الفلاني إنه أخذ سلما من فلان بن فلا الفلاني على كذا، وكذا رطلا من سمن البقر، أو الغنم الطيب في جنسه السالم من جميع العيوب، وأنهما لم يضربا لدفع ذلك أجلا، فحضر المدعي عليه، ووافق على عقد السلم^١، وأنهما قد ضربا له أجلا قدره كذا، فحكمها أن يكلف القائم بدعوى عدم الأجل البينة، إما بحضورها العقد، أو بإقرار المسلم، فإن أثبتها، وسلم في الدفع فيها المسلم، أو ادعاه، وعجز بعد الأجل فسخ السلم بينهما ورد رأس مال السلم لربه، وسقط^٢ المسلم فيه عن المسلم إليه، فإن لم تقم بينة بذلك كان القول قول مدعي ضرب الأجل لدفع المسلم فيه، مع يمينه لدفع دعوى الفساد؛ لأن القول قول مدعي الصحة.

فإن ادعى المسلم إليه أنه لم يقبض رأس مال السلم، وإنما تأخر قبضه إلى الأمد البعيد، وادعى الآخر أنه دفعه قبل افتراقهما، فالقول قول المنكر للتأخير؛ لأنه مدع للصحة، قلت: وهذا إذا لم يكن بينهما كتاب وثيقة ونص فيها على القبض. قلت: وهذا أيضا إذا كان تأخير رأس مال السلم بغير شرط، فإن تأخر بشرط^٣ إلى الثلاثة أيام فسد السلم. قال ابن رشد: وهو ظاهر المدونة؛ لأنه

^١ (وأثما لم يضربا ... على عقد السلم) سقط ذلك من ت .

^٢ في ت (وبقا) .

^٣ سقط من خ ١ قوله (بشرط) .

قلت: فإن أراد المشتري التماسك والرجوع بقيمة العيب فتتوصل إلى ذلك بأن تقول: قيمته يوم البيع عشرون، وقيمه يومئذ بذلك العيب خمسة عشر، فعلمنا أن قيمة العيب ربع الثمن، فيرجع المشتري على البائع بربع الثمن كائن ما كان، فإن أراد المشتري الرد، ويعطي قيمة العيب الحادث، تقول: كم قيمته سليما يوم البيع؟ فيقال: عشرون، وكم قيمته بالعيب القديم؟ فيقال: خمسة عشر، وكم قيمته بالعيبين؟ فيقال: عشرة، فتتأمل ما بينهما، وبين قيمته معيبا بالعيب القديم^١، فتجده خمسة، فتنسبها من جميع الثمن، فتجدها ربعا، فقيمة العيب الحادث ربع الثمن. انظر المتطلي.

^١ (فيقال خمسة عشر ... بالعيب القديم) سقط ذلك من خ ٢ .

اعتبار أخذ قيمة العيب، ثم قال: وقد أشار بعض المتأخرين إلى أنه^١ إذا قيل في النقص: إن القيمة تعتبر يوم البيع إذا اختار المشتري الرد لكون المبيع قد انتقص، فيجب أن يكون حكم الزيادة، والنقص حكما واحدا، والمشهور من المذهب في هذه المشاركة في الرد بالعيب تكون في الزيادة بما زاد الصبغ في الثوب إن كانت الزيادة في الصبغ، وقد قيل فيمن اشترى ثوبا ممن يعتقد أنه ماله، فاستحق من يده، وقد صبغه أنه يؤمر المستحق بدفع قيمة الصبغ، فإن امتنع أمر المشتري أن يدفع قيمة الثوب غير مصبوغ، فإن امتنع كانا شريكين؛ هذا بقيمة صبغه، وهذا بقيمة ثوبه، ثم قال: وقد أجرى بعض المتأخرين هذا في المشتري إذا اطلع على عيب بعد أن صبغ، أن البائع يقال له: ادفع قيمة الصبغ للمشتري، فإن امتنع قيل للمشتري: ادفع للبائع^٢ قيمة الثوب، فإن أبى كانا شريكين، ثم قال: وقد اختلف بعض المتأخرين بم تكون الشركة؟ هل بقيمة الصبغ؟ أو بما زاد على الصبغ؟.

قلت: انظر هذا الذي أجراه هؤلاء المتأخرون في الجمع بين الاستحقاق، والرد بالعيب، والمنصوص في الرد بالعيب إذا عثر المشتري على عيب قديم بعد أن حدث عنده عيب أنه يخير بين أن يرده، ويرد ما نقصه العيب الذي حدث عنده، أو يحبسه، ويرجع بقيمة العيب، وليس للبائع أن يمتنع عن إعطاء قيمة العيب، فلا تكون بينهما شركة في المبيع، بخلاف ما نقل المازري عن المتأخرين، انظر كيفية التقويم، والرجوع في رسم يستأذن سيده في تدبير جاريته، من سماع عيسى من كتاب التدليس بالعيوب(24).

وقال ابن عبد الرفيغ: إذا أراد المشتري أن يدفع قيمة العيب الحادث عنده للبائع، وأبى البائع ذلك، قال: ليس للبائع ذلك، وإن أراد المشتري التماسك، وأخذ قيمة العيب القديم، فقال البائع: أنا أحط عنك قيمة العيب الحادث عندك، فإن شئت تمسكت ولا شيء لك، أو رددت ولا شيء عليك، فذلك له على المشهور من المذهب. قلت: المشهور الذي أشار إليه هو قول ابن القاسم، وهو أنه يمكن البائع من ذلك الخيار، وغيره هو قول عيسى، وابن نافع.

^١ سقط من خ ٢ قوله (إلى أنه) .

^٢ (قيمة الصبغ ... ادفع للبائع) سقط ذلك من ب .

قلت: وكيفية التوصل إلى كل جزء من هذه الأجزاء على قول قائله، بأن يقوم المبيع سالما، ويقوم معيبا، وينسب^١ ما بين القيمتين^٢ من قيمته سالما، فإذا علمت تلك النسبة، وكانت موافقة لقول من هذه الأقوال، وكان الحاكم ممن يحكم بذلك القول، فسح البيع بينهما، وإن كانت تلك النسبة أقل من العشر على قول من يحكم بكثرة العشر رد البائع على المشتري من الثمن الذي وقع به التبايع بقدر تلك^٣ النسبة.

قلت: قد تقدم لنا أن العروض يرجع فيها على المشهور بما قل أو كثر من العيوب، ولم يقع لنا تبين على ما يحدث عند المشتري من العيوب^٤، كيف يكون العمل فيها؟ ولا ما يكون العمل فيما ينتفع به المشتري من ذلك العرض؟ وما يحدث فيه من زيادة بصغ؟ ونحوه فأقول: قال أبو عبد الله المازري: قد علم أن من اشترى ثوبا دلّس فيه البائع بعب، فلبسه المشتري، فإنه إن رده رد معه ما نقصه اللباس، وإن كان البائع مدّلسا؛ لكون المشتري قد انتفع باللباس، وصان به ماله، ولو لم يلبس هذا اللبس للباس ما عنده من الثياب، وينقصها لباسه، كما نقص هذا. قلت: فدل هذا على أن البائع يرجع على المشتري بقيمة ما انتفع به من اللباس، ولا يعترض على هذا الرجوع بقوله صلى الله عليه وسلم: (إنخراج بالضمآن)⁽²³⁾ لأن اللبس ليس بخراج، وإنما هو جزء من أجزاء المبيع، والخراج ليس بجزء من المبيع^٥، وإنما هو ما يحدث بالمبيع عند المشتري؛ مثل ما يحدث من الغلات في الحوائط بعد البيع، وما ينبت على ظهر الغنم من الصوف بعد البيع، وما أشبه ذلك. قلت: وأما كيفية العمل بين البائع والمشتري، فقال المازري: يخير بين أن يأخذ قيمة العيب ويتمسك بالمبيع، أو يردّه، ويرد ما نقصه عنده، ويرجع بثمنه، ثم قال: فاعلم أن كل بيع صحيح يضمّنه مشتريه بالعقد، فإن التقويم فيه إذا أراد المشتري أن يأخذ قيمة العيب يوم العقد؛ لأن مصيبتها من المشتري، وإن أراد المشتري الرد، ويرد ما نقص، فإن المعروف من المذهب أن اعتبار النقص إنما يكون يوم العقد، وقال ابن المعدل: إن اعتبار النقص^٦ إنما يكون يوم الرد بخلاف

^١ في خ ٢ (وليست).

^٢ سقط من خ ٢ قوله (القيمتين).

^٣ في خ ٢ (ثلث).

^٤ (ولم يقع ... من العيوب) سقط ذلك من خ ٢.

^٥ سقط من ت قوله (والخراج ليس بجزء من المبيع).

^٦ (إنما يكون ... إن اعتبار النقص) سقط ذلك من خ ١.

ابن القطان: العشرة كثيرة، ولم يبين من أي ثمن^١، فقال ابن رشد: والذي عندي أن العشرة مثاقيل من مائة مثقال كثير، يجب الرد به (21). قلت: ولم يتكلم ابن رشد على اليسير الذي هو الكلام فيه، ولم يعين في المثقالين من أي عدد تنسب، إلا أن يقال حين نسب العشرة المحدودة معها من المائة، علم منه أنه نسب المثقالين منها. قلت: وتنسب الدينارين من الأربعين لما قال في المدونة في سلمها: حد الزيادة اليسيرة كالدينارين من الأربعين، وذلك نصف العشر، وقال المازري: والديناران أو الثلاثة من المائة يسير. قلت: ما قاله المازري موافق لما فهمناه من فهم ابن رشد عن ابن القطان. فانظره.

وأما الثالث الذي يحط من الثمن كثيرا، فقال ابن رشد: يخير فيه المشتري بين أن يرد ويرجع له ثمنه، أو يتمسك ولا شيء له. قلت: واختلف في حد الكثير ما هو؟ فقال ابن عتاب في نقل ابن رشد: الربع من الثمن كثير، وقال ابن القطان في نقل ابن رشد أيضا: العشرة مثاقيل كثيرة، وقال ابن رشد: العُشر، وقال ابن القطان في نقل ابن عبد الرفيع: السبع كثير، وقال أبو بكر ابن عبد الرحمن في نقل المتيطي: الثلث، وهو كالاستحقاق سواء، ونقل ابن عبد الرفيع عن بعض المتأخرين في العُشر أن يخير المشتري في الرد، أو أخذ قيمة عيبه، ونقل عياض أن حد الكثير ما أضر بالمشتري. قلت: وذلك إذا كان بئر الدار زعاقا، وكما إذا كان بها صدع يخاف منه سقوطها، قاله في الأمهات (22)، واختاره أبو سعيد، يخاف منه سقوط الجدار، وتعقبها عليه عبد الحق بقوله سقوط الجدار؛ لأن لفظها سقوطها، قلت: وشتان ما بين تهدم الجدار، وتهدم الدار. قلت: وأنواع^٢ ما يضر بالمشتري كثيرة.

قلت: تحصل من هذه الأقوال في حد الكثير سبعة أقوال: الربع لابن عتاب، الثلث لأبي بكر ابن عبد الرحمن، العُشر والسُبع لابن القطان، العُشر لابن رشد، العُشر مع تخيير المشتري للمتأخرين، الضرر لعياض.

^١ (فقال ابن رشد ... من أي ثمن) سقط ذلك من ت .

^٢ (وقال ابن القطان ... العشر) سقط ذلك من خ ٢ .

^٣ (الجدار لأن لفظها ... قلت وأنواع) سقط ذلك من ت .

يصرف عنه في ذلك، ولا يلزمه إلا أن يكون من الأمور الظاهرة التي تعرف، ويعرفها المشتري، وأراها كالمشتري عليها، والشرط لها، وإلا فلا، وإن كان على غير ذلك، وأقر عليها سنة، أو سنتين، فلا أرى ذلك يلزمه، فيحلف بالله ما كان للأبد، ولا تسليمًا.

قال ابن رشد رحمه الله تعالى: ليس ذلك مما أحدثه البائع على المبتاع بعد البيع، وإنما هو شيء قديم من الحق للمبتاع على البائع أن يقطع عنه ذلك الفساد؛ إذ هو عيب لم يتبرأ منه، إلا أن يكون أمراً ظاهراً، لا يخفى، فيلزم على قول ابن حبيب، ثم قال ابن رشد: وقد قيل: إنه إذا لم يشترط ذلك عليه البائع، ولا كان أمراً ظاهراً، فليس له أن يزيله عنه، وهو عيب؛ إن شاء أن يمسك، وإن شاء أن يرد، روى ذلك عن ابن القاسم، وسحنون، ولما قال إن من حق المبتاع أن يزيل ذلك العيب حكم له بحكم ما لو أحدثه عليه بعد الشراء، فقال: إن قام بقرب كان له مقال، وإن لم يقم إلا بعد السنة أو السنتين لم يكن له ذلك، إلا بعد يمينه، وإن سكت إلى مثل وقت الحيازة عد ذلك منه رضا (20)، ويأتي بيان الحيازة بعد إن شاء الله.

وأما القسم الثاني الذي يمكن التدليس به فإنه على ثلاثة أوجه: أحدها أن لا يحط من الثمن شيئاً ليسارته، أو لأن المبيع لا ينفك عنه، الثاني أن يحط من الثمن يسيراً، الثالث أن يحط من الثمن كثيراً؛ فأما الأول الذي لا يحط من الثمن شيئاً، فإنه كما قال ابن رشد، لا حكم له، وأما الثاني الذي يحط من الثمن يسيراً، فإنه لا يخلو من أن يكون في الأصول، أو في العروض، فإن كان في العروض فقد تقدم الحكم فيها، وإن كان في الأصول فإنه لا يجب الرد به، وإن كان المبيع قائماً، وإنما يجب فيه الرجوع بقيمة العيب، وذلك كالصدع في الحائط، وما أشبهه. قال ابن رشد: ولا أعلم للمتقدمين من أصحابنا حداً في اليسير الذي لا يجب^١ الرد به في الدور، وقد رأيت لابن عتاب رحمه الله تعالى أنه سئل عن العيب الذي يحط من الثمن في الدار، الربع؟ فقال: ذلك كثير يجب الرد به. وقال ابن القطن: إن كان قيمة العيب فيه مثقالين فهو يسير يرجع بهما المبتاع على البائع^٢، ولا يرد المبيع، وإن كانت قيمته عشرة مثاقيل فهو كثير يجب الرد به، فقال ابن رشد: قال

^١ في ب (الذي يجب) بإسقاط (لا).

^٢ في س (البائع على المبتاع).

حدث بعد الصحة؛ من عفن، ونحوه، هذا يعلمه بعض الناس، وإن جهله آخرون، رد به، الأبهري: له الرد في الجميع، وهو أقيس إن دخلا على السلامة، وجهلا الحكم في الرد بالعيب، إلا أن تكون العادة عدم الرد، وعلمها المتبايعان، المازري: ما لم يعلم، لكونه باطن المبيع، كعفن الخشب، رواية القزويني (19) مع الأبهري عن رواية المدنيين، ورواية الأكثر من أصحاب مالك، ثم ذكر قول ابن حبيب، وقال: جعله بعض الأشياخ ثالثا، ولا أراه كذلك؛ لأن ابن حبيب خصه لما يعلمه بعض الناس، ويجعله آخرون، ومحل الخلاف إنما هو فيما لا يمكن علمه، وفي كون الجوز الهندي، وغيره يوجد داخله فاسدا كالخشب مطلقا، أو له الرد في اليسير، نقله اللخمي عن مالك، ومحمد قائلا: لا رد فيما كثر، كالأحمال إلا أن يكون أكثره. قال ابن عرفة قلت: عزاه ابن حبيب لابن الماجشون، وأصبع، وقال: لأنه إذا شمله الفساد خرج عن كونه عيبا إلى كونه جنسا آخر، وفي كون القثاء يوجد مرًا كذلك القولان لعزوهما لمحمد وابن حبيب عن أشهب إن أمكن معرفة مرّه بإدخال عود رقيق، فله الرد في اليسير كالثلاث والاثنين، ولا ترد الأحمال، محمد: إلا أن يكون أكثرها مرًا.

الوجه الثاني في الذي لا يرجع به وهو: ما استوى في المعرفة به البائع، والمبتاع، وكذلك ما كان من العيوب ظاهرا لا يخفى. قال المتطي في تسجيل العيوب: إن العيب إذا كان ظاهرا لا يخفى على من تأمل الدار، ونظرها، وأنكر المشتري أن يكون رآه، ولو رآه ما دخل عليه، قال المتطي: إذا لم يدع البائع على المبتاع أنه أراه العيب المذكور، وأوقفه عليه، وإنما اكتفى بظهوره لأنه لا يخفى، قال: يحلف المبتاع أنه ما رآه حين البيع، ولا علم به، ويرد الدار، ويسترجع الثمن. قلت: هذا إذا كان العيب قيمته كثيرة، وإن كانت قيمته يسيرة رجع به فقط، على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى، ثم قال المتطي: قال ابن حبيب عن مطرف، وأصبع فيمن ابتاع سلعة، وأشهد على نفسه أنه قلب، ورضي، ثم وجد عيبا مثله لا يخفى عند التقلب لزمه، ولم يكن له قيام، ولو لم يشهد عليه أنه قلب ورضي لكان له أن يرد، ولم يذكر يمينا. قلت: فإذا كان ظاهرا، وقلنا بأن القول قول المشتري في عدم الرؤية وأقر أنه رآها بعد البيع، وسكت مدة بعد الرؤية، ثم قام يطالب بها، هل له مقال أو لا؟ قلت: قال أصبع في جامع بيوع العتبية: إذا علم بذلك قبل أن يسلم الشيء رأيت أن

الجهل بمعرفته، وكان في أصل الخلقة، باتفاق، أو لم يكن في أصلها على اختلاف، ولم يختلف أصحاب مالك في جملة هذا (15).

قلت: وقال ابن بشتغير في اختصار أحكام الشعبي: (16) إن كان مما عملته الأيدي رجح به، وإن كان في أصل الخلقة فلا رد له به، وكان أفتى شيخنا ومفيدنا أبو عبد الله القوري فيما كان من العيوب الخفية التي يستوي في عدم العلم بها البائع والمبتاع بأن لا رجوع بها للمشتري على البائع، وقال في فتياه: وأرى أن لا فرق بين ذلك، وبين الخشب، والجوز، والقثاء، فانظر قياسه رحمه الله مع ما تقدم لابن بشتغير عن ابن لبابة، ومع ما تقدم لابن رشد رحمه الله.

قلت: ووقع لابن رشد أيضاً في سماع أحمد بن خالد (17) من كتاب التدليس بالعيوب أن قال: لا يرد من العيوب إلا ما يمكن أن يعرفه الناس، فيكون البائع غاراً به، ومدلساً فيه، وأما ما لا يمكن أن يعرفه الناس^١، ويستوي في الجهل بمعرفته البائع، والمبتاع، ولا يمكن الوصول إلى العلم به بوجه من وجوه الاختبار، ولكن من سبب حادث يمكن أن يعلم، ولا من سوء صنعة، فإنه لا يجب الرد بشيء من ذلك، ولا القيام به؛ مثل العفن يكون في العود، والخشبة، من قبل القطع لا يعلم به إلا بعد نشره، وشقه، ومثل الجدرى يكون في الجلد، لا يتبين إلا بعد إدخالها في الدبغ، ومثل الجوز، والنارج، ومثل القثاء تباع فيوجد فيها مرا، وما أشبه ذلك (18).

قلت: انظر ما قاله في هذه الرواية لمن يشهد؟ هل لفتوى القوري؟ أو لما عند ابن بشتغير؟ أو لما له؟ في المقدمات. قلت الظاهر منه أن يكون موافقاً لما عند ابن بشتغير؛ بدليل قوله: ولا يرد من العيوب إلا ما يمكن أن يعرفه الناس، ولا يمكن أن يعرف الناس^٢ إلا ما كان من عمل الأيدي، ولا يشبه، لما في المقدمات؛ لأن ما في المقدمات بالتفصيل، وفي التفصيل خلاف، ولا لفتوى القوري لأنها على الإطلاق.

ولخص ابن عرفة كلام اللخمي في ذلك بأن قال: اختلف فيما لا يعرف من العيوب حين العقد على ثلاثة أقوال: روى أبو محمد ما لا تمكن معرفته إلا بعد القطع، والبحث لم يرد، وكذلك الفص يحك، وعلى هذا يتبايعان، ابن حبيب: هذا إذا كان من أصل الخلقة، لم يحدث بعد قطعه، وما

^١ (فيكون البائع غاراً ... يعرفه الناس) سقط ذلك من ت.

^٢ سقط من خ ٢ قوله (ولا يمكن أن يعرف الناس).

ثبوت العيب، وخفائه بأهل المعرفة بذلك، فإذا أثبت ذلك أعذر فيه للبائع على ما مر قبل، قلت: فإذا لم يكن للبائع فيه مقال نظر في ذلك؛ فإن كانت قيمته لها خطر، وبال، رد المبيع إلى بائه من غير خلاف، وإن كانت قيمته يسيرة، قال ابن رشد في المقدمات: ظاهر الروايات في المدونة، وغيرها، أن الرد يجب به، كالكثير سواء، وقال: اليسير في العروض كاليسير في الأصول على ما يأتي بيانه فيها إن شاء الله تعالى عز وجل، فلا يجب الرد به وإنما يرجع بقيمته، وعليه كان ابن رزق(11) يحمل ظاهر الروايات، ويقول: لا فرق في ذلك بين الأصول، والعروض، قال: ويؤيد تأويله برواية علي(12) عن مالك فيمن ابتاع ثوبا فإذا فيه خرق يسير يخرج في القطع، أو نحوه من العيوب لم يرد به، ووضع عنه قدر العيب. قال: وفي المختصر الكبير(13) نحوه^١. قال: ولا يرد من العيوب إلا من عيب كبير، ينقص ثمنه، ويخاف عاقبته، ولا ينظر في ذلك إلى ما يردده التجار، فانظره(14).

وأما القسم الثالث وهو ما إذا كان المبيع أصلا، ووقع فيه التبايع، ثم أراد المشتري أن يقوم بعيب في المبيع، تقول: قال فلان بن فلان الفلاني إنه اشترى من فلان بن فلان الفلاني جميع الدار التي بموضع كذا، وحدودها كذا، بثمن قدره كذا، دفعه للبائع المذكور في تاريخ التبايع، وإنه وجد بالدار المذكورة عيوباً، وهي كذا، وإنها تنقص من الثمن نقصانا له خطر، وبال، وإنها أقدم من أمد التبايع وطلب منه ما يوجبه الشرع في ذلك، فحضر فلان المدعى عليه المذكور، ووافق على البيع المذكور، كما وصف، وقبض الثمن كما ذكر، ولا يعلم في الدار المباعة عيباً، حكمها أن يكلف المشتري المذكور إثبات العيب بأهل البصر، على ما زعمه، فإن أثبتته كما يجب أعذر فيه للبائع؛ فإن سلم في المدفع فيه، أو ادعى ما يبطله، وتأجل في إثبات ذلك، كما مضى في الآجال، فإن عجز عن المدفع نظر في العيب المثبت، قال ابن رشد: العيوب على قسمين: عيب يمكن التدليس به، وعيب لا يمكن التدليس به، فأما ما لا يمكن التدليس به فلا يجب الرد به في قيام المبيع، ولا الرجوع بقيمته في الفوات، وهو على وجهين: أحدهما ما استوى البائع، والمبتاع في

^١ في ت (قال في المختصر ونحوه) .

ذلك كله، ولم يكن للبائع فيه مقال، حكم عليه بأن يرد للمشتري ما دفع إليه ويرد عليه المشتري حماره.

قلت: فإن كان ظهر ذلك العيب للمشتري، وهو في سفر، راكب على ذلك الحمار، فادعى عليه البائع أن ركوبه عليه حتى رجع من سفره رضا منه بالعيب، وأنكر ذلك المشتري، وقال: لم يكن مني الركوب رضا بالعيب^١. قلت: حصل ابن رشد في رسم نذر سنة يصومها من سماع عيسى في هذه المسألة ثلاثة أقوال: الأول منها لابن القاسم أنه يجوز للمشتري إذا وجد العيب بالدابة في سفره أن يمضي في سفره، ويركبها، ولا يجب عليه الرجوع بها، إلا أن يكون قريباً، لا مؤونة عليه في الرجوع ويستحب له أن يشهد أن ركوبه إياها ليس رضا منه بالعيب، فإن لم يشهد لم يضره ذلك، الثاني لابن كنانة أنه إذا وجد العيب بالدابة في سفره فليشهد عليه، ويردها، ولا يركبها في ردها، إلا أن يكون بين قريتين فيبلغ عليها إلى القرية ليشهد، الثالث لابن نافع في المدونة أنه لا يركبها، ولا يحمل عليها، إلا أن لا يجد من ركوبها أو الحمل عليها بدا في السفر، أو الغزو، فليشهد على ذلك، ويركبها، أو يحمل، حتى إلى الموضع الذي لا يجوز له أن يركبها فيه. قال: يعني حتى يجد حكماً، وبينه تشهد له بذلك الموضع بما يستوجب له ردها(9)، وأما إذا وجد العيب في الحضر؛ فقال ابن رشد: ليس له ركوبها بعد وجود العيب بها، إلا في ردها، وقال ابن حبيب: إن ألجأه بائعها إلى الخصومة فيها، فلا بأس أن يركبها في مكانه بالمعروف، حتى يحكم له بردها؛ لأن عليه النفقة، ومنه الضمان، وكذلك العبد، والأمة له استخدامهما بالمعروف، وليس له أن يطأ الأمة، ولا يتلذذ منها بشيء، بخلاف الثوب إن كان المبيع ثوباً، فإن فعل كان رضا منه بالعيب(10).

قلت: وأما القسم الثاني؛ وهو ما إذا كان المبيع عرضاً، قلت: قال فلان بن فلان الفلاني إنه اشترى من فلان بن فلان الفلاني برنسا وجد به يسير لباس بثمان كذا، قبضه البائع المذكور حين التبايع المذكور على السنة، والمرجع بالدرك، وإنه ألفى بالبرنس عيب كذا، وهو خفي، مما يخفى^٢ على أغلب الناس، وإنه ينقص من الثمن، فحضر البائع المذكور، وقرئ عليه المقال المذكور، أجاب بأن وافق على المقال المذكور، عدا وجود العيب، فإنه لم يوافق عليه، حكمها أن يكلف المشتري

^١ (وأنكر ذلك ... رضا بالعيب) سقط ذلك من خ ١.

^٢ في خ ١ (ولا يخفى).

والحيوان، إلا في الشيء الخفيف، غير المضر. انظر تمامه، الخامس قوله في كتاب محمد أنها تلزم في الرقيق، والحيوان، والعروض، وكل شيء. قال: وهو قوله الأول، ثم رجع، فقال: لا تكون إلا في الرقيق، فهذا يدل على أنه أول أقواله. انظر تمامه، السادس أنه إنما تجوز فيما طالت إقامته عند الرجل، واختبره، وأما ما لم يطل، ولم يختبره فلا، قاله في الواضحة، والموازية. انظر تمامه، السابع قوله في المدونة الذي رجع إليه أن البراءة لا تنفع في الرقيق، يريد ولا غيره، لأهل الميراث، ولا لوصي، ولا لغيره (8)، ظاهره، ولا في بيع السلطان، ولا غيره، وعلى هذا تأولها اللخمي. انظر تمامه، الثامن أن البراءة لا تصح بشرط، وإنما تكون ممن يوجبها الحكم عليه، من بيع سلطان، وأهل ميراث. انظر تمامه، التاسع قوله في الكتاب أول الباب أن البراءة لا تكون إلا في الرقيق، ولا ينتفع بها في غيره، كانوا أهل ميراث، أو غيرهم. انظر تمامه، العاشر قول ابن حبيب من روايته إنا نأخذ بقول مالك الأخير فيما بيع طوعا، فلا يكون إلا في الرقيق، وأما ما باعه السلطان في فلس، أو موت، أو على أصغر، فنأخذ فيه بقول مالك الأول أنه بيع براءة في كل شيء من الرقيق، والحيوان، والعروض، وإن لم يشترط.

قلت: فإن كان المبيع دابة، قلت: قال فلان بن فلان الفلاني إنه اشترى من فلان بن فلان الفلاني حمارا نعتة كذا، وكذا، بكذا، وكذا، قبض البائع ثمنه حين التبائع على السنة، والمرجع بالدرك، وإنه ألقى الآن بالحمار المذكور عيبا، وإنه أقدم من أمد التبائع، وإنه مما يخفى، وينقص من الثمن نقصا له بال، فحضر البائع المذكور، وقرئ عليه المقال المذكور، وسئل منه ما عنده فيه، أجاب بأنه موافق على جميع المقال المذكور، ما عدا العيب، وقدمه، أنكر أن يكون بالحمار المذكور عيبا حين التبائع المذكور، حكمها أن يكلف المشتري القائم بالعيب ثبوت العيب، وقدمه، وأنه مما يخفى، وأنه مما ينقص من الثمن نقصا له خطر، وبال، وأنه أقدم من أمد التبائع الواقع منذ كذا، إن كان التبائع تاريخه أقل من شهر، على ما هو العرف الآن، من أن لا قيام للمشتري بالعيب بعد شهر من يوم البيع، إلا أن تقوم بينة للمشتري على البائع أنه كان مدّسا فله القيام به مطلقا، فإن أثبتته بأهل البصر بذلك المعينين لذلك أعذر القاضي إلى البائع في ذلك، لعله يأتي بمن هو أعلم منهم بذلك على ما مر قبل في مقال العبيد، من معارضة، ويمين، وغيرها. قلت: فإن أثبت المشتري

قلت : فإذا ادعى المبتاع أن هذا كان بالعبد قديماً؛ فقال ابن القاسم : يحلف البائع، واحتج بروايته عن مالك، وقال أشهب: لا يمين عليه، واحتج بروايته عن مالك أيضاً، وفرق محمد ابن المواز في روايته بين أن يظهر عند المبتاع، أو لا يظهر، فألزمه اليمين إذا ظهر، ولم ير ذلك إذا لم يظهر عنده، وإنما أراد أن يحلفه بمجرد دعواه، ثم قال: واختلف بماذا تدخل السلعة المردودة بالعيب في ضمان البائع^١؛ فقليل: إذا أشهد المبتاع على العيب وأنه غير راض به، فقد برئ من ضمان المبيع المردود بالعيب، ما لم يطل الأمر حتى يظن أنه راض به^٢، وهو قول أصبغ، وقيل: هي في ضمان المبتاع حتى يثبت العيب عند السلطان، وقيل: هي في ضمان المبتاع وإن ثبت العيب عند السلطان حتى يقضي برده على البائع، أو يرضى صاحب العبد بقبض عبده(5).

قلت: وبيان بيع البراءة حصله القاضي عياض في التنبيهات، وقال: معناه البيع على أن لا يرجع المبتاع على البائع بعيب قديم في المبيع، مما لا يعلم به البائع، ويخشى أن يكون به، والتبري من المطالبة به، قال: وهذا الأصل مما اختلف فيه قول مالك على أقوال: هل من التبرعات ما هو بيع براءة وإن لم يشترط فيه أم لا؟ وهل يصح بيع البراءة، وينتفع به في كل شيء؟ فتأمله، أو في بعض الأشياء؟ فله، ولأصحابه في ذلك عشرة أقوال: منها له تسعة أقوال منها في الكتاب ستة أقوال^٣:
أولها قوله القديم في كتاب محمد من رواية ابن القاسم وأشهب، أنها جائزة في الرقيق إذا اشترط التبري من كل عيب، قل، أو أكثر، مما لا يعلمه البائع، وبيع السلطان في التفليس، والمغنى، وغيره بيع براءة، وإن لم تشترط، وكذلك بيع الميراث إذا علم المبتاع أنه ميراث، قال: وذلك كله في الرقيق خاصة. انظر تمامه، الثاني قوله القديم في المدونة أن البراءة إنما كانت لأهل الديون يفلسون، فيبيع عليهم السلطان، وليس هذا عنده على هذا القول إلا في الرقيق، ولا يكون عنده لأهل الميراث ولا غيرهم إلا باشتراط. انظر تمامه(6)، الثالث قوله في الموطأ أنها تنفع في الرقيق، والحيوان(7)، وفي كتاب محمد ذكر له ذلك فقال: إنما أعني الحيوان، والرقيق؛ فعلى هذا لا يكون خلاف. انظر تمامه، الرابع رواية ابن القاسم عنه في كتاب محمد أنها لا تنفع في الثياب،

^١ سقط من خ ٢ قوله (في ضمان البائع) .

^٢ (فقد برئ من ضمان ... أنه راض به) سقط ذلك من خ ١ .

^٣ (منها له ... ستة أقوال) سقط ذلك من خ ١ .

له بينة على إخباره إياه أو أتى بالمخبر فقال: هذا أخبرني سقطت عنه اليمين، وإن كان المخبر الذي أتى به غير عدل (4).

قلت: وقال في المقدمات: فإن كان البيع فيما يجوز فيه بيع البراءة برئ البائع مما لم يعلم من العيوب على مذهب مالك رحمه الله تعالى، ولا يبرأ مما علم فدلّس به، وأما ما حدث بالمبيع بعد العقد، فلا يجب به رجوع، ثم قال: فالعيوب على هذا تنقسم على ثلاثة أقسام: عيب قديم يعلم قدمه عند البائع بينة تقوم على ذلك، أو بإقرار البائع به، أو بدليل العيان، وعيب يعلم حدوثه عند المشتري بينة تعلم ذلك، أو بإقرار المشتري^١ بحدوثه عنده، أو بدليل العيان، وعيب مشكوك فيه يحتمل أن يكون قديماً عند البائع، ويحتمل أن يكون حدث عند المشتري، فأما العيب القديم فيجب الرد به في القيام، والرجوع بقيمته في الفوات، وأما الحادث فلا حجة للمبتاع فيه على البائع، وأما المشكوك فيه فليس على البائع فيه إلا اليمين؛ قيل على البت، وهو قول ابن نافع في المدونة، ورواية يحيى في العتبية، وقال أشهب: يحلف على العلم في الظاهر والخفي، وفرق ابن القاسم بين ذلك؛ فقال: يحلف في الظاهر على البت، وفي الخفي على العلم، فإن نكل عن اليمين رجعت على المبتاع في الوجهين جميعاً على العلم أنه ما حدث عنده، هذا قول ابن القاسم في العتبية. وروي عنه في المدونة أنها ترجع على المبتاع، على نحو ما كانت على البائع، وإلى هذا ذهب ابن حبيب في الواضحة، وقال ابن نافع: يحلف على البت على أصله في يمين البائع، وهي رواية يحيى عن ابن القاسم في العتبية، وعلى قول أشهب يحلف على العلم في الوجهين جميعاً، فإن نكل عن اليمين ففي المدونة أن البيع يلزمه، وهذا يقتضي أنه ليس له بعد النكول أن يرجع إلى اليمين، وفيها من قول ابن نافع: فإن نكل عن اليمين لم يرد أبداً حتى يحلف، وهذا يقتضي أن له بعد النكول^٢ أن يحلف، وهذا في العيوب التي تكون في البدن، قلت: ويشملها الوجه الأول، والثاني، وأما ما لا يظهر من الإباق، والزنا، والسرقة، وما أشبه ذلك. قلت: هو الوجه الثالث من الوجوه المصدر بها^٣.

^١ في خ (البائع) .

^٢ (أن يرجع إلى اليمين ... أن له بعد النكول) سقط ذلك من خ ٢ .

^٣ سقط من خ ٢ قوله (قلت هو الوجه الثالث من الوجوه المصدر بها) .

قديم، كان ذلك شهادة توجب الحكم بالرد، وقال سحنون: يقرر الثوب عن موضع الداء وينظر إليه الرجال إلا أن يكون بالفرج، فيشهد عليه النساء، قال ابن فتحون: (2) والأول أحسن، وأظهر.

قلت: فإن ادعى المبتاع على البائع بعيب خفي أنه كان عنده قبل بيعه هذه الأمة، وأنكر ذلك البائع، وأتى المبتاع^١ بشاهد واحد شهد له بذلك، يحلف المبتاع لقد شهد له شاهده بحق. زاد ابن رشد رحمه الله: ويزيد في يمينه وما علم بهذا العيب إلى حين قيامه، وقال ابن كنانة: لا بد من الشاهدين؛ لأنه إن حلف معه فكأنه قد علم به يوم البيع^٢. قلت: وما زاد ابن رشد يرفع ما اعتل به ابن كنانة، والقول بالحلف مع الشاهد بالعيب، وقدمه، لكتاب محمد عن ابن القاسم، والمخزومي (3)؛ فعلى القول بوجوب اليمين إذا نكل المشتري عنها، فهل يحلف البائع على البت؟ قاله ابن المواز، أو على العلم؟ قاله أصبغ. قال اللخمي: ليس قول محمد بالبين ورد ابن أبي زيد قول أصبغ.

فإن كان البيع في الأمة بيع براءة مما لم يعلمه^٣ البائع، ثم ظهر المشتري على عيب في الأمة، وأثبت أنه عيب، ولم يجد من يشهد له أن العيب المذكور كان عند البائع، فقال المشتري للبائع احلف أنك ما علمت به. قال ابن رشد في سماع ابن القاسم في رسم الأقضية منه: إن البائع يحلف ما علم بهذا العيب، وإن كان العيب ظاهراً؛ من أجل أنه بيع براءة، وقد نص على ذلك في سماع يحيى، ثم قال: وقد اختلف في إيجاب اليمين عليه إن لم يثبت قدمه؛ فقليل إنه لا يحلف في بيع البراءة، وهو أن يثبت قدم العيب عنده، وهو قول ابن حبيب في الواضحة، وقيل إنه يحلف كما يحلف^٤ إذا لم يكن البيع بيع براءة، وهو ظاهر هذه الرواية. قلت: وإن نكل البائع عن اليمين، فقال ابن رشد في هذا السماع: قيل إنه يُردّ عليه دون رد يمين، وهو قول مالك في كتاب ابن المواز، وهو ظاهر رواية هذا الرسم، حين قال: لا أرى عليه يميناً؛ لأن ظاهره أن لا يمين عليه بحال، وقيل إنه لا يحلف له إلا أن يدعي عليه أنه بلغه ذلك، وأن مخبر صدق أخبره بذلك على ما في المدونة. قال ابن رشد: قال بعض المتأخرين: يحلف لقد أخبره بذلك مخبر صدق، فإن كانت

^١ في ب (البائع).

^٢ في ت (بعد البيع).

^٣ في ت (مما علمه).

^٤ سقط من خ ١ قوله (كما يحلف).

بذلك، وقال سحنون: إن كان المشهود فيه حيا، حاضرا، فالواحد يجرى، وإن كان ميتا، أو غائبا، فلا بد من اثنين عدلين. قلت: فإن اختلفت البيتان من أهل البصر، أو كانتا متكافئتين في العدالة فذلك تهاتر، فإن كانت^١ إحداهما أعدل حكم بالأعدل منهما. قلت: فإن قالت البينة هو مما يقدم، ويحدث، حلف البائع^٢ أنه ما باعه العبد وهو يعلم به عيبا وهل يحلف على البت أو على العلم؟ قولان أرجحهما حلفه على البت في الظاهر، وعلى العلم في الخفي، وعليه عقد الموثقون وثائقهم، فإن وجد المبتاع بينة تشهد له بقدم العيب، كان له القيام بها بعد أن يحلف أنه لم يعلم بها حين أحلف خصمه، وإن علم بها فلا قيام له، وكذلك إذا أسقط عنه عند اليمين البينة الحاضرة، والغائبة ما علم منها، وما لم يعلم، وكذلك الحكم في جميع الحقوق.

قلت: فإن نكل البائع عن اليمين في العيب الظاهر، والخفي فهل يحلف المبتاع على العلم فيهما؟ قاله ابن القاسم في رواية عيسى عنه (١)، أو على العلم في الخفي، وعلى البت في الظاهر في رواية غير عيسى عنه^٣، فإن حلف المبتاع رد العبد، ولا شيء عليه، أو حبسه ولا شيء له، وإن نكل لزمه. وقال القاضي أبو محمد: هذا إذا كان العيب متعلقا بالأبدان، وأما إن كان بائنا عنه كالدين، والإباق، وغيرهما، فلا يقبل قول المبتاع إلا ببينة، وإلا حلف له البائع.

قلت: وإنما تجوز شهادة الطبيب بالعيب، وقدمه، وأنه ينقص من الثمن كثيرا إذا كان عارفا بقيم العبيد، بصيرا بها، وإلا حسبه الشهادة بالداء فقط، ويشهد غيره ممن يعرف القيم بالنقص، وعدمه. قلت: وفي كيفية الشهادة بالعيب^٤ يكون بالأنثى بحيث لا يطلع عليه الرجال، فإن كان مما يستوي في العلم فيه الرجال، والنساء، قبلت فيه شهادة المرأتين العدلتين دون يمين، قال بعض الموثقين: وعلى قول مالك في الأمة الموقوفة يجرى فيها قول المرأة الواحدة، يجب أن يثبت العيب هنا بالمرأة الواحدة، وإن كان العيب مما لا يميزه إلا الأطباء، وأهل العلم بالأدواء، فيحضر مع المرأتين العدلتين من النساء، وتصفان لهما ذلك، فإن قال الأطباء في تلك الصفة أنه عيب، وأنه

^١ سقط من ت قوله (كانت) .

^٢ في ت (الجائع) .

^٣ (أو على العلم ... عيسى عنه) سقط ذلك من خ ١ .

^٤ سقط من ب قوله (بالعيب) .

النوع الآخر في العيوب

قلت: إذا قام المبتاع على البائع بعيب عثر عليه بعد البيع، ولم يكن البائع يبيّنه للمشتري في عقد البيع، وطلب الرد به، فلا يخلو المبيع: إما أن يكون حيوانا، أو عرضا، أو أصلا، فإن كان حيوانا فلا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يكون متعلقا ببدن المبيع، مثل الشلل في العبد، أو الأمة، أو العور، أو البرص، أو الجذام، أو الكي، أو الجراح، أو نحو ذلك، الثاني أن يكون ذلك تعلق به تعلق الانتقال كالجنون، والأوجاع، والبول في الفراش، ونحوه، الثالث أن يكون بائنا عنه، كالسرقة، والإباق، والزوجية، والولد، والأبوين، ونحو ذلك، ثم لا يخلو ما تعلق بالأبدان من العيوب: إما أن يكون متعلقا تعلق ثبوت، أم لا؟ فإن كان متعلقا تعلق ثبوت: إما أن يكون ظاهرا، أو خفيا، ولا يخلو المبتاع في ذلك من أن يكون نخاسا بصيرا بالعيوب، أو غير بصير بها؛ فإن كان العيب ظاهرا، أو كان المشتري بصيرا، فلا رد له، وإن كان العيب خفيا فقولان لمالك، وابن القاسم، والثالث لمحمد إن كان المشتري من أهل التصاون، والدين فله الرد في الظاهر، والخفي، دون يمين، وإن لم يكن المشتري من أهل البصر، وطال مكثه عنده، فله القيام به؛ ظاهرا، كان أو خفيا. قاله ابن المواز.

فإن قام المشتري على البائع بعيب في الرقيق، قلت: قال فلان بن فلان الفلاني إن فلان بن فلان الفلاني باع منه مملوكا حبشيا منذ كذا، وكذا بثمن قدره كذا، وكذا، دفعه له حينئذ على السنة، والمرجع بالدرك، وأنه ألقى الآن بالعبد المذكور عيبا صفته كذا، وكذا، وهو أقدم من أمد التبايع، ثابتا ببدنه، وأنه مما يخفى، وينقص من الثمن نقصا له بال، فحضر البائع فلان المذكور، وقرئ عليه المقال، وسئل منه ما عنده فيه، فأجاب بأن وافق على جميع المقال المذكور عدا العيب^١، وقدمه؛ أنكر أن يكون بالعبد حين بيعه عيب، حكمها أن يكلف القائم بالعيوب^٢ قدمه، وأنه مما يخفى، وينقص من الثمن نقصانا له بال، فإذا أثبت به أهل البصر به، المعينين لذلك أعذر إليه القاضي، لعله يأتي بمن هو أعلم منهم. قلت: ويقبل في ذلك الواحد، وتجوز في ذلك شهادة أهل الكتاب إذا عدم من سواهم من المسلمين. قلت: ويجزئ أيضا الواحد منهم؛ لأن ذلك من باب الخبر، لا من باب الشهادة، هذا هو المشهور المعمول به، وقال ابن المواز: لا يرد إلا بعدلين من أهل البصر

^١ في خ (البيع).

^٢ في خ (بالبيع).

فإن أقر الرجل لزوجته أنه سكن داراً لها مدة من كذا، فقالت له: أعطني كراءها، فقال لها: لم أسكن على وجه الكراء، هل يلزمه الكراء أم لا؟ قلت: قال ابن العطار: لا كراء لها، إلا أن تكون في ولاية، وانتقد ذلك عليه ابن الفخار، وقال: لم يرد بذلك كتاب، ولا سنة، وعلمه بأن قال: قال مالك: إذا أكل مالها وهي تنظر، ثم طلبته به، أن ذلك يلزمه، وتحلف أنه ما كان على وجه الحسبة، ثم قال: فمن أسقط الكراء عليه الدليل. وقال ابن الهندي: فيه خلاف، والعمل على أن الكراء له لازم. قال ابن زرب: إذا طلبت الزوجة زوجها بكراء ما مضى، لا يلزمه منه شيء إن كانت مالكة أمرها، وهو قوله في كراء الدور والأرضين، وقد قالوا في هالك ترك ابنين أقر أحدهما بثالث، ثم أقر برابع فقال سحنون: يجعل الجميع كأنهم ثابتي النسب، قال: وهذا معنى قول ابن القاسم: فإن ترك الميت ستين ديناراً أخذ المنكر^١ منها ثلاثين، والثلاثون الأخرى يأخذ منها المقر به الأول عشرة، والمقر به الأخير خمسة، ويبقى للمقر خمسة عشر. وقال أشهب: إنما ينظر في ذلك إلى ما يجب للمقر به على تقدير الإقرار بالجميع نسقاً، فيأخذ المقر به الأول خمسة عشر، والمقر به الثاني خمسة عشر، ولا يبقى للمقر في هذا الغرض شيء، ولو أقر بخامس لضمن له من ماله قدر نصيبه. وقال أحمد بن نصر الداودي: يفرق في ذلك بين أن يدفع للأول بقضاء، أو بغير قضاء، فإن دفع له بقضاء فلا ضمان عليه، وإن دفع إليه بغير قضاء ضمن. قلت: انظر قول الداودي في التفصيل بين القضاء وعدمه، والقضاء عليه إنما كان بإقراره. قلت: فإذا قلنا بأن لا فرق في الإقرار للغير بما لا يعلم إلا من قول المقر بين الكل، أو البعض، فما قاله في كتاب ابن سحنون في مسألة المائة، أو العبد موافق لقول أشهب هنا، وما قاله سحنون هنا موافق لما ذكره ابن رشد عنده هنالك ويجري في تلك قول أحمد بن نصر هنا.

^١ في ت (الميت) .

^٢ سقط من خ قوله (بأن لا فرق) .

الييمين على المقر له به أولاً، فإن حلف فالعبد له، وكان للثاني على المقر قيمته. قلت: ونقل ابن رشد في كتاب الدعوى والصلح من سماع عيسى من رسم يوصي، أن قول عيسى تفسير لقول ابن القاسم، ويأتي على ما لسحنون في نوازل من الاستحقاق له أن لا شيء للمقر له الثاني^١، لأنه إنما أقر له بما قد استحققه الأول بإقراره له به أولاً^٢(22). قلت: الذي يظهر أن لا فرق بين رجوعه عن جميع الإقرار الأول، أو عن بعضه.

فإن توفي رجل، وترك ابنين وابنة وكلهم رشداً وأقر أحد الابنين أن يزيد على أبيه المتوفى عشرة دنانير، وأنكرت الابنة، والابن الآخر الإقرار المذكور، ولم تقم للمقر له بينة تشهد له بذلك الإقرار فحكمها يحلف الابن، والابنة المنكران على العلم أنهما لم يعلما على أبيهما من العشرة شيئاً، ويغرم المقر من العشرة بقدر إرثه من أبيه، وذلك أربعة دنانير.

قلت: فحال المقر لا يخلو من أربعة أوجه: إما أن يكون رشيداً عدلاً، أو لا رشيداً ولا عدلاً^٣، أو رشيداً غير عدل، أو عدلاً غير رشيد على القول بعدم شرط الرشد في العدالة، فإن كان رشيداً عدلاً، فيحلف معه، ويستحق جميع دينه، فإن نكل عن اليمين لزم المقر منابه كما تقدم، وإن كان لا عدلاً ولا رشيداً فلا يقضى به، ولا عليه، وهذا والعياذ بالله سفيهاً، وإن كان رشيداً غير عدل فهذا يلزمه منابه على ما تقدم، وإن كان عدلاً غير رشيد قضى به لا عليه على القول بعدم شرط الرشد في العدالة. قلت: وحيث يغرم نصيبه فقط، هو على قول ابن القاسم الذي يقول: لا يعطي المقر من نصيبه إلا ما ينوبه من الدين فقط. وقال أشهب: يعطي المقر جميع الدين من نصيبه، إن كان نصيبه أكثر من الدين، وإن كان مثله، أو أقل لم يلزمه أن يخرج عن نصيبه. قلت: فكأن ابن القاسم اعتبر في ذلك الاستجلاب إلى قول الحق؛ مخافة أن ينفر المقر إذا سمع أنه يعطي أكثر من نصيبه^٤ فينفر من ذلك فإذا علم أنه لا يلزمه إلا ما ينوبه خف عليه ذلك، وما قاله أشهب وجهه أن الميراث لا يكون إلا من بعد أداء الدين، وسبب الخلاف بينهما أن ما بيد المنكر هل هو كالقائم، أو كالتالف؟ فجعله أشهب كالتالف، وجعله ابن القاسم كالقائم.

^١ في ب، ت، خ، ٢، س (أن لا شيء على المقر الثاني).

^٢ في ب (إقراره له به أولاً).

^٣ سقط من ب قوله (أو لا رشيداً ولا عدلاً).

^٤ (قلت فكأن... أكثر من نصيبه) سقط ذلك من ب.

كان، أو غير مأمون؛ لأن عرف الناس هذا أنهم إنما يردون ذلك مع الدني من الناس، مثل العبد وما أشبهه، وسواء استعارها هو أو غيره.

فإن أقر رجل لآخر بعدد، وقال: إذا حلفت أخذته، فحلف المقر له على ما شرط عليه المقر، ثم نكل المقر، ورجع عن إقراره، وقال: ما ظننت أنه يحلف، قال ابن دبوس: في كتاب ابن سحنون، لا يؤخذ المقر بشيء من ذلك، وقال: لا خلاف بينهم في هذا، كما إذا قال: إن شهد بها علي فلان فشهد فلا شيء على المقر. قلت: وجعل ابن رشد في هذا الأخير ثلاثة أقوال: اللزوم، وعدمه، والفرق بين أن يشهد عليه الشاهد بما يعلم المشهود عليه كذبه من صدقه، أو بما لا يعلم كذبه من صدقه، فإن شهد عليه بما لا يعلم كذبه من صدقه^١ لزمه ما شهد به عليه، وإلا فلا، بخلاف ما إذا قال: ما يحكم به علي فلان يلزمي، فتحاكما إليه، فما يحكم به عليه يلزمه.

فإن أقر رجل لآخر أن له عليه كذا من ثمن سلعة سماها، ثم قال: لم أقبض السلعة التي ابتعت منك، هل يقبل قوله أم لا؟ قلت: قال سحنون: قول أصحابنا أنه لا يصدق، ويلزمه الثمن، وقال ابن أبي ليلى: (19) لا يلزمه المال حتى يقيم البائع البينة بدفع السلعة، وقاله ابن عبد الحكم، واختلف قول سحنون في ذلك، فقال مرة: يلزم المقر الثمن، ولا يصدق في عدم قبض السلعة^٢، وروى عنه محمد ابن بشار (20) أن القول قول المبتاع، وعلى البائع البينة أنه دفع إليه السلعة، وقال ابن القاسم: إن أقر أنه اشتراها، وأنه لم يقبضها نسقا، قبل قوله، وأما إن أقر بالشراء، ثم قال بعد ذلك: لم أقبض السلعة، لم يصدق، وقال ذلك ابن يونس في أحكامه (21)، وابن أبي زيد في نواذره.

فإن أقر رجل لآخر أن له بيده مائة دينار ودیعة، ثم قال: غلطت بل هي لفلان آخر، أو قال: هذا العبد لفلان، ثم قال: بل هو لفلان آخر سماه. قلت: قال الشيخ ابن أبي زيد في نواذره من كتاب ابن سحنون: يقضى للأول بالمائة، أو بالعبد، بعد يمينه، ويقضى للآخر بالمائة، أو بقيمة العبد، ونقل عيسى عن ابن القاسم أن العبد للأول من غير يمين تلزمه. قال عيسى: إلا أن يدعيه الثاني، فله

^١ (فإن شهد ... من صدقه) سقط ذلك من ت.

^٢ سقط من ب، ت، خ، قوله (عدم).

^٣ في ت (الثن).

فإن قال لفلان عليّ كذا قد قضيته إياه بكلام متصل هل يصدق أم لا؟ قلت: قال ابن دبوس ناقلا عن كتاب ابن سحنون: لم يصدق، ويغرمها إلا أن يقيم بينة بدفعها لربها فيبرأ، ولو سكت مدة، ثم قال: قضيته ذلك قبل إقراره له بذلك لم تقبل منه البينة على القضاء، ويغرمها، وإقراره أصدق. قلت: لأنه^١ مكذب لتلك البينة بإقراره.

فإن أقر رجل أنه قبض من رجل آخر كذا كان له عليه، فقال المقر له لم يترتب لك قبلي حق، إنما أسلفتكها، هل يلزم المقر غرمها أم لا؟ قلت: قال ابن دبوس: في كتاب ابن سحنون القول قول الدافع، ويحلف ما للقابض قبله شيء، والقابض مدع، وقال سحنون: القول قول القابض إذا أشبه ما قال في مداينة مثله، وهو قول أكثر أصحابنا. ولو قال الدافع ما أخذها مني إلا ظلما، ردها المقر إلى الذي أخذها منه بعد أن يحلف ما له عليه شيء، وقاله أشهب.

فإن أقر رجل أنه قبض من آخر ثوبا، أو دابة، وقال القابض لربه: أعرتني لي، وقال ربه: بل غصبته مني، قال ابن دبوس: القول قول القابض؛ لم يختلفوا في ذلك، وقال سحنون: هذا إن جاء بذلك على حاله، وأما إن حبس الثوب حتى أبلاه فهو ضامن له، وإن ادعى تلفه ضمنه حتى تقوم بينة على تلفه من غير عداء منه، فلا يضمن، وإن أتى به، وقد لبسه، وهو بحاله، فعليه قيمة ما انتفع به منه، وكذلك في الدابة، عليه قيمة ركوبها، ولا يصدق في ذلك، كما لا يصدق الآخر في تضمينه، ولا يضمنها إن تلفت. قلت: مع قيام البينة على تلفها.

قلت: كل ما كان ضمانه من قابضه فعليه البينة على رده؛ قبضه ببينة، أو بغير بينة، وهم الصانع، ومستعير ما يغاب عليه، ومرتهن ما يغاب عليه. وكل ما لم يكن ضمانه من قابضه فالقول قوله في رده، ولا بينة عليه إلا أن يكون قبضه على وجه التحفظ بالبينة، والإشهاد، فلا يبرأ إلا ببينة، وهم المودع، ومستعير ما لا يغاب عليه، والمقارض، وما أشبه ذلك. قلت: وقال مطرف، وأصبخ، فيمن يستعير من الرجل الدابة، ثم يردها إلى ربها مع غلامه، أو أجيره، أو جاره، فتعطب في الطريق، أو تضل: فلا ضمان عليه^٢، ولا يكون بما فعل متعديا، وإن لم يعرف ضياعها، أو انفلاتها إلا بقول الرسول: مأمونا

^١ سقط من ب قوله (لأنه) .

^٢ سقط من ت (فلا ضمان عليه) .

قلت: وأما إذا ادعى شخص على آخر قراضاً (17)، وطلبه برأس ماله، وبربحه، قلت: قال فلان بن فلان الفلاني إنه دفع إلي فلان بن فلان الفني مائة ديناراً ذهباً على وجه القراض ليديرها بين يديه، فما أفاء الله تعالى فيها من ربح يكون بينهما كذا بعد رجوع رأس المال إلى ربه، فحضر المدعى عليه فلان المذكور، وسمع المقال المذكور، وسئل منه ما عنده فيه، أجاب بإنكار ذلك كله إنكاراً كلياً، وشهد عليهما بذلك، فاستظهر المدعي برسم القراض بإشهاد المدعى عليه المذكور، فسئل من المدعى عليه المذكور ما عنده في الرسم المشهود به عليه، هل له فيه مدفع أم لا؟ أجاب بأن لا مدفع له فيه إلا أنه له بينة تشهد له بضياع المال، هل ينتفع بها إن أقامها أم لا؟ قلت: وقعت هذه المسألة بعينها في قراض العتبية في رسم السلم من سماع عيسى؛ قال فيها ابن القاسم: يحلف، ويبرأ، وهو أحد الأقوال التي تقدمت لنا أن مضمّنه كصريحه فيما عدا القراض، وقال فيها عيسى يغرم، وروي عن ابن القاسم فيها أيضاً الفرق بين دعوى الضياع، ودعوى الرد، فيكون القول قوله في الضياع، ولا يقبل قوله في الرد (18)، ووقفت فيها على جواب للشيخ أبي الحسن الزرولبي بالضمان، وعليه فإن مضمّن الإقرار كصريحه.

فإن أقر رجل أنه باع منزله لزوجته في صحته، وجواز أمره بمال عظيم، ولم ير أحد من الشهود الثمن، ولم تزل يد البائع على منزله إلى موته، قال البرزلي: قال ابن القاسم: لا يجوز هذا البيع، وليس هذا بيعاً، وإنما هو تولى، وخدعة.

فإن أقر رجل لآخر بأن قال: له عليّ كذا فيما أعلم فهو إقرار يلزمه، قاله ابن دبوس عن سحنون، وعاب قول من قال: إنه لا يلزمه، وقال: إنما لا يلزم ذلك في الشهادة؛ لأن الشك في الشهادة يبطلها، ثم قال: فإن قال رجل لآخر: لك عليّ ألف فيما أظن، أو فيما أحسب، أو فيما رأيت، لزمه ذلك في قول سحنون، ولا يلزمه ذلك في قول ابن المواز، وابن عبد الحكم كذلك. واحتج بالشهادة، واتفق مع سحنون إذا قال لك عليّ كذا في حسابي، أو في ذكري، أو في كتابي، أنه يلزمه، وقال ابن الماجشون: إذا قال: ما أظن إلا أن لك عندي عشرة، فإن ادعى ذلك المقر له لم يلزم المقر ذلك إلا بإقرار صحيح، ويحلف المقر أنه ما تحقق ذلك، وما هو إلا ظن.

¹ في ت (ادعى) .

فإن أقر الرجل لرجل بعشرة دنانير من كذا، تحل له عليه ديناراً في الجمعة فحضر المقر له وقال: بل هي حالة عليه، قال ابن عرفة: فيها قولان: أحدهما يحلف المقر له وتكون العشرة حالة، والثاني يحلف المقر. قال ابن عرفة: وهو أحوط وبه كان يقضي متقدموا قضاة مصر.

قلت: وأما مضمّن الإقرار هل هو كصريحه أم لا؟ ف قيل هو كصريحه وهو المنسوب لابن القاسم، قال في نكاح المدونة الأول: إن أقام الزوج أو الغريم بينة أنه دفع ذلك إلى الوكيل صدق الوكيل على التلف، وإن لم يقيما بينة بالدفع ضَمِنَا، ثم لا شيء لهما على الوكيل؛ لأنهما قد صدقا بالوكالة (15) فجعل مضمّن الإقرار كصريحه؛ لأنهما لما دفعا إليه كأنهما قالوا له: أنت صادق فيما قلت، ومثله في كتاب اللعان، وقيل: ليس هو كصريحه، وهو المنسوب لأشهب، وقيل: هو كصريحه فيما عدا القراض واللعان.

قلت: مثال ذلك قام رجل، وادعى على آخر بحقوق عدة، وحضر المدعى عليه، وقرئ عليه دعوى المدعي فأنكرها بأجمعها، فكلف المدعي البينة على قوله، فأثبت جميع الدعاوى المذكورة في مقاله، فبعد أن أثبتتها قرئت على المدعى عليه المذكور، فوافق عليها، وقال: كنت تخلصت منها، واستظهر برسم يقتضي ذلك، فعلى قول ابن القاسم يلزم المدعى عليه الناكِر الغرم، وعلى قول أشهب لا يلزمه غرم، وقال ابن هشام عن مطرف، وابن الماجشون فيمن أنكر دعوائك عليه بدين، ثم أقر، أو ثبت الدين عليه ببينة، فأتى ببراءة منه، فإن تلك البراءة لا تنفعه إن كان قال: ما لك علي هذا، ولا أعرفه، وأما إن قال مالك علي شيء منه، فإن البراءة تنفعه ولا ترد براءته.

قلت: وقال ابن رشد في كتاب الدعوى، والصالح: قد قيل إن البينة تنفعه بعد الإنكار، وقيل إنها تنفعه في الأصول دون غيرها من الحقوق، وهو قول ابن كنانة وابن القاسم في المدونة، وقالوا: ولو أن رجلاً ادعى أرضاً في يد رجل فقال: ما لك أرض، وما علمت لك فيها حقاً، فأقام البينة أنها أرضه، ثم أقر الذي هي بيده، وقال: هي والله أرضك ولكنني اشتريتها منك، وأقام بشرائه بينة، فإن ذلك يقبل منه، ولا يضره الإنكار (16). قلت: وقال ابن دبوس: قال ابن القاسم: يلزمه، وقال أشهب لا يلزمه، وقال ابن كنانة: إن كانت في الأصول لا يلزمه الإقرار، وإن كان في غيرها لزمه.

الابن المقر له، ثم يشاطره الابن في الباقي فتبقى على هذا العمل بيد الأجنبي بقية، فتأمل ذلك. فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: قولان لابن القاسم، وسحنون، وتفسير التونسي قول أشهب (13). فإن أقر المريض في حال مرضه لزوجته بمهر لها، أو بمال، أو بشيء لا يعلم لها إلا من قوله فهل يثبت ذلك لها أم لا؟ قلت: قال ابن رشد في تحصيل الكلام على مسألة من هذا المعنى من سماع ابن القاسم من رسم الرطب باليابس من كتاب المديان والتفليس: الذي يتحصل عندي في هذه المسألة على منهاج قول مالك أن حال المقر لامرأته لا يخلو من ثلاثة أوجه: الأول منها أن يعلم منه ميل إليها، الثاني أن يعلم منه الشئان لها، الثالث أن يجهل حاله معها؛ فأما الوجه الأول فلا يجوز إقراره لها إلا أن يجيزه الورثة، وأما الوجه الثاني فأقراره لها جائز، وأما الوجه الثالث فلا يخلو أمره من وجهين: أحدهما أن يورث كلاله، والثاني أن يورث بولده؛ فأما إذا ورث بكلاله فلا يجوز إقراره لها، وأما إذا ورث بولد فإن الولد لا يخلو: إما أن يكونوا ذكورا، أو إناثا، أصاغرا، أو أكابرا، واحدا، أو عددا، منها، أو من غيرها، فأما إن كان الولد إناثا يرثه مع العصبه فسواء كن واحدة، أو عددا، صغارا كن، أو أكابرا من غيرها، أو أكابرا منها، والصغار من غيرها، فيتخرج ذلك عندي على قولين: أحدهما أن إقراره جائز، والثاني أنه لا يجوز من اختلافهم في إقراره لبعض العصبه إذا ترك ابنة وعاصبا، وإن كن صغارا منها لم يجز إقراره لها قولا واحدا، وأما إن كان الولد ذكرا وكان واحدا فأقراره لها جائز صغيرا، كان الولد أو كبيرا، منها، أو من غيرها، وأما إن كان الولد ذكرا عددا فأقراره لها جائز^١ إلا أن يكون بعضهم صغارا منها، وبعضهم أكابرا منها، أو من غيرها، فلا يجوز إقراره لها، فإن كان الولد الكبير في الموضع الذي يرفع التهمة عن الأب في إقراره لزوجته عاقلا له لم ترفع عنه التهمة، وبطل إقراره، على ما في سماع أصبغ، وإن كان بعضهم عاقلا له^٢ وبعضهم بارا به تخرج ذلك على ما ذكرناه من الخلاف في إقراره لبعض العصبه^٣ إذا ترك ابنة وعصبه، وكذلك الحكم في إقرار الزوج لزوجها لا فرق بينهما (14).

^١ (صغيرا كان الولد ... فأقراره لها جائز) سقط ذلك من ب .

^٢ (لم ترفع عنه ... بعضهم عاقلا له) سقط ذلك من ب .

^٣ سقط من ب قوله (العصبه) .

قلت: فإذا أقر لمن يرثه في صحته، ثم مات وترك عمه، وأمه وقد كان أقر للأم بدين. قال أصبغ في سماعه: قال مالك: لا كلام للعلم، قال: قلت له: فإن طلب منها اليمين؟ قال أصبغ: أما في الحكم فلا يلزمها. قال ابن رشد: هذا هو المشهور، وإن لم يقر به إلا بعد الموت، قال: والأظهر فيها وجوب اليمين، وقال ابن كنانة والمغيرة ومحمد بن مسلمة: (10) ورواية المدنيين يجوز إقراره في حياته، ولا يجوز بعد وفاته إلا أن يعرف لذلك سبب (11).

قلت: فإذا أقر الرجل في مرضه لرجل أجنبي بخمسين، ولأحد ولديه بخمسين، وتوفي وترك ولدين وخمسين ديناراً فقسمها الأجنبي والابن المقر له نصفين؛ فأخذ الأجنبي شطرها خمسة وعشرين، وشرط الابن صار ميراثاً. هذا قول ابن القاسم في المدونة إذا لم تقم على الدين بينة، فإن قامت على الدين بينة اختص الابن بشرطه المذكور (12)، قلت: وعلى قول أشهب الذي قرره ابن رشد في نوازل سحنون ومن قول سحنون أنه إذا رجع الورثة على الابن رجع الابن المقر له على الأجنبي بنصف الخمسة والعشرين، فإذا أخذها الابن المقر له من الأجنبي رجع عليه الورثة، وأخذوا ذلك النصف منه، فإذا مكنهم من ذلك رجع أيضاً على الأجنبي في الاثني عشر ونصف التي بقيت بيده فيشاطره فيها، وصار للابن المقر له شطرها رجع عليه الورثة، ثم يرجع أيضاً على الأجنبي^١ بنصف الستة وربع التي بقيت بيده فيشاطره فيها. قال ابن رشد: وهكذا حتى ينقلب الأجنبي بغير شيء، فيؤول الأمر إذا أقر الميت في مرضه لابنه ولأجنبي^٢ بمال لا يحمله ماله^٣. قال أرى أن يبطل إقراره للأجنبي، هذا مذهب أشهب. قلت: وقال أبو إسحاق التونسي: مذهب أشهب إنما هو أن يرجع الابن المقر له على الأجنبي بنصف ما أخذ من يده الورثة^٤ مما صار له في المحاصة، لا بنصف^٥ ما صار له في المحاصة. قلت: وما قاله أبو إسحاق بيّن؛ لأنه لا يكون المقر له مانعاً لنفسه؛ لأن ما صار له إذا رجع ميراثاً صار له نصفه بالميراث، فالذي صار له كإرثه لم ينتزع من يده، فما يرجع على الأجنبي إذا إلا بما بقي له من دينه فيسلم للأجنبي مما صار له مثل ما بيد

^١ سقط من خ ١ قوله (على الأجنبي).

^٢ سقط من خ ١ قوله (ولأجنبي).

^٣ سقط من ب قوله (ماله).

^٤ سقط من ت قوله (من يده الورثة).

^٥ سقط من ب قوله (مما صار له في المحاصة لا بنصف).

والإنكار، والفصل بالبينات. قال: وسألت مطرفاً عن ذلك فقال لي مثله. وقال لي أصبغ مثل ذلك، ثم قال فيمن باع عبداً، ثم أقر أنه ولده قال: قال مطرف وابن الماجشون: إقراره جائز، وأنه يرجع عبده، وكل ولد ولد له من جواريه، فيصرون ولداً ولداً للبائع بإقراره، ويلحق به نسبهم، ويرد الثمن الذي كان أخذه من المشتري، بخلاف ما تزيد له من الأولاد مع أمة للسيد، أو غيره، لا يرد المقر الأولاد معه لأنهم عبيد لسيد أمهم.

فإن أقر مقر أن عليه لزيد عشرة دنانير، وله على زيد خمسة، فحضر زيد، ووافق على العشرة، وأنكر الخمسة التي ادعى بها عليه المقر، قال ابن هشام في المفيد: قال مالك: إن المقر له يأخذ العشرة، وعليه البينة بالخمسة، ثم قال: وفي الكافي لابن عبد البر (7) فيمن سئل عن شيء فقال: هو لفلان لم يلزمه بهذا الإقرار شيء، بخلاف إذا قال: بعته من فلان، أو وهبته لفلان، فإن ذلك لازم له (8)، قلت: وهذا بخلاف ما تقدم لنا عن ابن الحاج أنه كالهبة وإن لم يصرح بها، وبخلاف ما تقدم لنا لابن رشد.

قلت: فإذا أقر المريض لزوجته بدين، أو بصدائق لها، هل ينفذ ذلك لها أم لا؟ قال ابن هشام: اختلف قول مالك في إقرار المريض لبعض ورثته في حال مرضه الذي مات منه؛ فمرة قال: إقراره جائز حتى تبين التهمة فيه بالتوليغ، مثل أن يقر للعاق دون البار فيجوز إقراره، ولو أقر للبار لم يجز، ومثل هذا يعتبر في الزوجة إن كان يميل إليها وورث كلالته، وأما إن ورثه ولده منها أو من غيرها فأقراره نافذ، ولا يتهم مع الولد بالتوليغ، ومرة قال: إقرار المريض لوارثه في مرضه الذي مات منه محمول على الوصية، لا يجوز إلا لمن لا يتهم عليه مثل أن تقوم بينة أنه كان يطالبه به في حال صحته، أو يتقاضاه منه. قال ابن هشام: والأول أصح عندي، ثم قال: انظر إذا أقر المريض في مرضه لصديق ملاطف، وكان يورث كلالته أن التهمة حاصلة فعلى قول ابن القاسم يعود إقراره وصية فتكون من الثلث، وعلى قول غيره يبطل جملة فلا يكون من الثلث ولا غيره. قلت: انظر على القول بالبطلان هل ذلك من ناحية الضرر؟ لأن مولانا جل وعلا يقول [غَيْرَ مُضَارٍّ] (9) فقد قيل إن الموصي إذا قصد الضرر تبطل في الثلث وغيره. فانظره.

قلت: فإن أقر بملك لغيره فلا يخلو حال الملك: إما أن يكون معروفا للمقر، أو غير معروف له؛ فإن كان معروفا له فلا يخلو إقراره: إما أن يكون^١ اعتذارا، أو لا اعتذار فيه، فإن كان معروفا للملك للمقر وكان في كلامه اعتذار، ثم قام المقر له وطلب المقر بإقراره، فقال المقر: إنما كان ذلك اعتذارا مني، فحكمها قلت: قال مالك في العتبية في كتاب الدعوى والصلح في رجل سئل عن إسكان منزل له، فيقول: لا أقدر على ذلك، هو لامرأتي، فتقوم امرأته مطالبة له بذلك المنزل بهذا الإقرار، فيقول المقر: إنما قلت ذلك تنحيا وشهد عليه بذلك، أترى المنزل لها بذلك؟ فقال مالك: ما أرى المنزل لها بهذا الإقرار على وجه العطية، والناس يتحيلون بمثل هذا. قال ابن رشد: إنما هو إذا عرف أصل المنزل له، وأما إذا لم يعرف الأصل له فإقراره به للمقر له ثابت، ومثله في كتاب العتق، وفي الهبات، والصدقات، والنكاح(3)، وإن كان إقراره من غير اعتذار فيحمل محمل الهبة، والصدقة.

قلت: قال في الثاني من رسم الوصايا: سئل عن رجل أوصى في مرضه، فقال إن أرضي التي بموضع كذا هي لامرأتي، ليست لي، وأشهد على وصيته. فقال: من ورثته معها؟ فقيل ولده. فقال: أمنها أم من غيرها؟ فقيل منها. فقال: ذلك أحرى أن لا يتهم، ثم قال: وأرى إن لم تكن لها بينة إلا قوله ذلك لا شيء لها(4)، فقال ابن رشد رحمه الله تعالى: إقرار الرجل في الصحة، أو في المرض بما يعرف له ملكه من شيء بعينه أنه لفلان وفلان وارثه، أو غير وارثه يجري مجرى الهبة، والصدقة، ويحمل محملهما، ويحكم له بحكمهما؛ إن حاز ذلك المقر له به في صحة المقر جاز، وإلا لم يجز، هذا مما لا خلاف فيه أحفظه إلا أن يكون إقراره بذلك على سبيل الإعتذار، فلا يلزمه(5). قلت: وهذا كما تقدم في القسم الذي قبل هذا، وفرق ابن حبيب في أحكامه(6) بين أن يقر عند قوم في مساق حديث يحدثهم، أو شكر يشكر به أحدا، أو يثني به عليه لما مضى منه، فقال مطرف وابن الماجشون: لا يلزمه هذا الإقرار، ولا يجوز للسلطان أن يأخذه بهذا الإقرار، وهكذا سمعنا مالكا يقول، وجميع أصحابه، ثم قال: ولو كان رجل ناكرا رجلا ثم تقاعدا عند السلطان فقال، قد أسلفني، وقضيته كان عليه ذلك؛ لأن هذا أقر بحق، وادعى بقضائه في موضع الإقرار، والدعوى،

^١ سقط من قوله (إما أن يكون).

النوع الآخر في الإقرار

قلت: الإقرار خبر يوجب حقا على قائله، بلفظه أو بلفظ نائبه فيدخل إقرار الوكيل. قال

السطي: (١) هو مرادف للاعتراف، وأخص منهما الإستلحاق، وإن كان مشتركا بين حقائق منها الإقرار، والدعوى، والشهادة، والرواية، والمقدمة، والنتيجة^١، ثم قال والفرق بينها أن الإقرار حقيقته خبر يعود ضرره على المخبر، والدعوى حقيقته خبر تعود منفعته إلى المخبر، والشهادة حقيقته خبر^٢ يعود ضررها على المشهود عليه، والرواية مقتضاها عام، وأما المقدمة فهي الخبر الذي إذا أضيف إلى خبر آخر لزم عنهما حكم، وأما النتيجة فهي الحكم المركب على جزأين. والأصل في هذا الباب قوله عز وجل: [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ] (٢).

قلت: والإقرار: إما أن يكون صريحا، وإما أن يكون مضمنا، فالصريح مثاله قال فلان بن فلان الفلاني: إن فلان بن فلان الفلاني أقر له بعبد اسمه ميمون أنه ماله وملكه، وإن المقر المذكور أقر به بعد إقراره له به لرجل آخر، وممكنه منه، فحضر المدعى عليه الإقرار المذكور، ووافق على قول القائل المذكور. قلت: فحكمها إن ثبت الإقرار ببينة لا مدفع فيها للمقر له الآخر نزع العبد من يد المقر له الآخر، وأعطي للمقر له به الأول، وضمن المقر للمقر له الآخر قيمة العبد، وإن لم تقم على الإقرار ببينة كان العبد للذي قبضه، ويغرم المقر للمقر له الأول قيمة العبد^٣.

قلت: قال ابن هشام: قال سحنون: قال أصحابنا جميعا: لو قال رجل^٤: هذه الوديعة لفلان بل لفلان كانت الوديعة كلها للمقر له الأول ويغرم للآخر مثلها. فإن أقر شخص لشخص بشيء في يد المقر وقال في إقراره هو مال وملك للمقر له وقد كان معروف الملك للمقر. قال ابن الحاج في نوازل: هو كالهبة إن قام في صحة المقر أخذه، وإن قام في مرضه أو بعد موته لا يمكن منه، ويصير ميراثا. قال البرزلي: الأظهر أنه بمنزلة إذا قال رجل، أو وجد بخطه: إن لفلان قبلي كذا، وثبت إقراره، أو خطه بلفظة قبلي، ولم يذكر لها سببا.

^١ سقط من خ ١ قوله (والمقدمة والنتيجة) .

^٢ (تعود منفعته ... حقيقته خير) سقط ذلك من ت ، خ ١ ، خ ٢ .

^٣ (وإن لم تقم على الإقرار ... قيمة العبد) سقط ذلك من ت ، خ ١ .

^٤ سقط من ت قوله (لو قال رجل) .

يعدّ، أو يزن في العنب إذا كان بعضه أكحل، وبعضه أبيض. قال البرزلي: وكان شيخنا الإمام يذهب إلى الجواز، وهو أن البيع اليوم إنما هو بالمعاطات (64)، فلا يتم البيع حتى يحل في وعاء المشتري ويدفع له.

فإن سعد من يجني الثمار في مسألة بيع ثمار الحائط التي قبل هذه، فانكسر الغصن به، فقام عليه رب الحائط يطالبه بقيمة غصنه، هل يلزمه ضمان أم لا؟ قلت: أجاب البرزلي عن ابن حدير (65) إن كان الغصن لا يضره الطلوع فيه فلا ضمان على من طلع فيه، وللمشتري الرجوع بالجائحة إن بلغت الثلث، وإن كان لا يطلع فيه لرقته فعليه الضمان، ولا رجوع له بجائحة، إلا إن كانت من سبب غيره.

أول الآخر، ثم قال: وأما إن كان الحائض أصنافاً من الشجر مثل عنب، وزيتون^١، ورمان فلا اختلاف أنه لا يجوز أن يباع ما لم يطب من الأصناف مع ما طاب منها، وإن قرب وتتابع إلا أن يكون الذي لم يطب منها تبعاً لما طاب على اختلاف في ذلك، ثم قال: يتحصل في مسألة الحائض إذا كان فيه الصنف الواحد وطاب بعضه أربعة أقوال: أحدها أنه لا يجوز بيع الحائض حتى يعمه الزهو، الثاني يجوز بيعه وإن لم يعمه الزهو إذا أزهى بعضه وكان زهو سائر قريباً متتابعاً، والثالث أنه يجوز بيعه إذا أزهى بعضه وإن لم يقرب زهو سائرته إذا اتصل طيبه ولم ينقطع الأول قبل أن يبدو الثاني، والرابع أنه يجوز بيعه وإن لم يظهر فيه الزهو إذا ظهر فيما حواليه، وكان الزمان قد أمنت فيه العاهات(61).

وإن أصابت الثمرة الجائحة ما القدر الذي يراعى فيها؟ قال ابن القاسم: يراعى فيها ثلث الثمرة فصاعداً. وقال أشهب: يراعى ثلث الثمرة^٢. ونقل ابن لب(62) عن اللخمي في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها قولين: الجواز، والمنع، إذا لم ينقد الثمن وشرط وقفه إلى أن ينظر، هل تسلم الثمرة فينفذ البيع، أو لا فيرد البيع، فإن نقد الثمن فالمنع، لا غير.

قلت: ومن اشترى فاكهة من السوق؛ إما تينا، أو عنباً على أن يختار هل يجوز ذلك أم لا؟ قال البرزلي عن ابن أبي زيد: إذا كان ذلك متقارباً جاز، وإن كان مختلفاً فلا ينبغي. وقال ابن رشد في كتاب السلطان في مسألة خلط السمين بالهزيل: إذا كان ذلك قليلاً. قال فيها: إن كان إنما اشترى منه وزناً معلوماً على أن يعطيه إياه من السمين والهزيل وهو لا يدري قدر ما يعطيه من كل واحد منهما فلا يجوز قليلاً كان أو كثيراً، إلا أن يقع شراؤه على الخيار، وعلى هذا يجوز شراء التين الأخضر على العدد؛ لأنه لو اشترى من جملة تينه عدداً على أن يعدّها البائع، أو المبتاع لنفسه ليختارها لم يجز لما فيه من الغرر، ولما يدخله مما في عدّ المبتاع وتخييره من التفاضل فيما لا يجوز فيه التفاضل، وبيع الطعام قبل قبضه؛ لأنه من خير بين شيئين عدّ مختاراً لما ترك فلما خير رب التين المشتري أخذ الكبير، أو الصغار فكأنه باع أحدهما بالآخر(63)، فإذا كان على الخيار حتى

^١ هذه المسألة منقولة من قول ابن رشد في البيان والتحصيل، وفيه (مثل عنب وتين ورمان). انظر البيان ج ٧ ص ٢٤٤.

^٢ في ب، خ، ١، س (الثلث).

^٣ سقط من خ قوله (لم يجز).

قلت: لا مقال لها إذا كانت مالكة أمرها غير مولى عليها، وبمثل ذلك أفتى ابن الحاج^١، قلت: إلا على رواية البغداديين في مراعاة الغبن إذا كان مثل الثلث، فأكثر.

قلت: ونقل البرزلي في نوازل^{٥٩} نازلة من هذا المعنى، قال فيها: أفتى شيخنا الإمام في زوجة الفقيه البطريني^{٦٠} باعت زيتونا بحلقة من البائعين عند باب دارها، واجتهد في ذلك السمسار حتى وقف على آخر زائد فيه، ووصف لها ذلك وانقطعت المزايدة^٢ فيها، فباعت، وقبضت، ثم جاءها من زاد في المبيع على الثمن الذي باعت به زيادة لها بال، فأفتى بنقض البيع محتجا بأن المرأة ما تعلم حقيقة ما تباع؛ إذ لم تشاهد ذلك، ولا هناك من يصفه لها صفة^٣ تقوم مقام العيان. قال البرزلي: وما أفتى به شيخنا الإمام ظاهر، إلا أن تكون قدمت للبيع بصيرا عارفا بالمبيع، وبما باع فلا يكون لها مقال بعد ذلك؛ لأن فعل وكيلها كفعلها. قلت: ظاهر كلام البرزلي أن بيع الوكيل لا يقام فيه بالغبن، وليس الأمر كذلك، إلا أن يكون مراده بقوله: قدمت للبيع أن مراده بذلك من يصف لها المبيع وصفا يقوم مقام العيان، فهذه لا مقال لها^٤.

فإن كان المبيع ثمر حائط؛ فإن كان بدا صلاحه كله فلا إشكال في ذلك، وإن كان بدا صلاح بعض النوع منه؛ فإن كان الذي بدا صلاحه من ثمر الحائط لا يتم جنيه حتى يبدو صلاح ما كان يوم البيع لم يبد صلاحه جاز بيع ثمر الحائط مجتمعة، وإلا لم يجز. قال البرزلي في جواب السيوري عن مسألة من هذا المعنى: إن الحائط يباع بزهو شيء منه إذا كان طيبه متتابعا، ومثله البرزلي بالأجاص يطيب الشعري منه وهو رهط دقيق غير أن آخره متصل بما بعده من أصنافه.

قال وهكذا صنف كل ثمرة. قلت: قال ابن رشد: إذا كان طيبه متتابعا فالصنف الواحد أن يكون نخلا كله، أو تينا كله، أو رمانا كله، وإن اختلفت أجناس التمر، وأجناس التين، وأجناس الرمان فيجوز بيع الحائط كله بطيب جنس واحد منه إذا كان طيب جميعه متتابعا يقرب بعضه من بعض. وقال ابن كنانة: وإن لم يقرب بعضه من بعض إذا كان طيبه متصلا لا يفرغ آخر الأول حتى يطيب

^١ (قلت لا مقال لها ... أفتى ابن الحاج) سقط ذلك من خ ٢ .

^٢ (ووصف لها ذلك وانقطعت المزايدة) سقط ذلك من خ ٢ .

^٣ سقط من خ ٢ قوله (لها صفة) .

^٤ سقط من خ ٢ قوله (فهذه لا مقال لها) .

فإن كان البائع أبا باع عن ولده الصغير، أو ابنته البكر أصلاً تبين ذلك أنه باع على ولده، وتمضي على ما تقدم؛ فإن قام محتسب بالبخص في المبيع، وأثبتته، أعذر إلى الأب فيه، فإن سلم أو ادعى المدفع، وعجز عن الدفع هو والمشتري نقض البيع، وهو المختار في بيع الغبن. هذا إذا لم يفت المبيع، فإن فات كان على المشتري قيمته إن كان له مال، وإن لم يكن له مال رجع على الأب، هذا على أحد القولين في البداية بالطلب في هذا، ومثله هل البداية بالطلب^١، أو المنتفع؟ والقولان في أول استحقاق المدونة (56). وفي كراء الدور منها البداية بالوكيل المكري، فإن مات الأب كان الرجوع عليه بالبخص في تركته بعد الإعذار إلى ورثته في عدم المشتري، والمسألة بحالها، وإن كان ملياً فقولان على ما تقدم، فإن كان في الوثيقة معرفة السداد في المبيع فهو يدفع هذا كله.

فإن كان الأب تصدق على ولده بالأصل المبيع، ثم باعه بعد الإشهاد بالصدقة؛ فإن باعه باسم ولده أو سكت فالبيع تام، وهو محمول على أنه باعه عن ولده حتى ينص أنه باعه باسم نفسه استرجاعاً لصدقته، وعثر على ذلك في حياته، وملائه فسخ البيع، وصححت الحيازة للولد (57)، فإن كان الأب حين عثر على ذلك معدماً، أو قد مات، فالبيع نافذ، والصدقة باطلة. هذا إن لم يكن حاز، فإن كان قد حاز فالثمن للولد على الأب؛ حيي أو مات يتبعه به. انظر رسم يريد من سماع عيسى من كتاب الصدقة (58).

قلت: فإن كان الأب أخرج الملك لولده باسم الهبة هل يكون بيعه على نفسه اعتصاراً أم لا؟ قلت: قال ابن الحاج في نوازل: الاعتصار لا يكون إلا بلفظ الاعتصار، أو لفظ يجانسه، كالاسترجاع، أو ما أشبهه. قلت: ولا فرق بين أن يكون باع ما وهبه له أو ما تصدق به عليه.

فإن كان البائع امرأة باعت من رجل أرضاً بثمن سميها، ثم بعد ذلك قامت البائعة المذكورة وأثبتت وثيقة عند القاضي أنها ممن لا تعرف الأرض المذكورة، ولا وقفت عليها، وأنها غير بصيرة بذلك، وممن يجهل مثل هذا، وثبت البخص البين^٢ في الأرض المذكورة، فهل لها مقال أم لا؟

^١ هكذا في جميع النسخ، ولعل الصواب (الطالب).

^٢ في ت (اليمين).

يتسرى، فإن تزوج عليها أو تسرى^١ فقد جعل أمرها بيدها، أو أمر الداخلة^٢، إن شاءت أعتقت، أو طلقت، أو أبقت. قال: جرى ذلك مجرى التوكيل، وله عزلها. قال المتيطي: فمن أراد أن يخرج من الخلاف عقد في ذلك، وليس له عزله عن ذلك الواجب له فيه، قلت: وزاد غيره حتى يستوفي دينه كاملاً، فإن باع بحكم التوكيل، وقام الغريم عليه، وقال له: كنت قضيتك ووافقه البائع على ذلك فلا يقبل قوله في ذلك إلا ببينة لا مدفع للمشتري فيها لتعلق حقه به، ويحلف الراهن أنه ما رضي البيع ولا أذن فيه بعد أن قضى للطالب حقه.

فإن كان المبيع أمة، أو عبداً قلت: قال فلان بن فلان الفلاني: إنه اشترى من فلان بن فلان الفلاني مملوكاً اسمه كذا، ونعته كذا بكذا وكذا ديناراً دفعها له، فيريد أن يمكنه من المملوك المذكور، أو الجواب، فحضر فلان المدعى عليه المذكور وأنكر البيع، والقبض، حكمها أن يكلف مدعي الشراء البينة بدعواه، فإن أتى بها أعذر فيها لرب المملوك، فإن سلم، أو ادعى المدفع، وعجز حكم بالمملوك للمشتري المذكور، فإن أسقط البينة وجبت اليمين على رب المملوك بنفي دعوى مدعي الشراء، ويبقى ملكه على مملوكه، فإن نكل عن اليمين، وقلبها على مدعي الشراء كان له أن يحلفه على نص دعواه، ويدفع له المملوك على السنة، والمرجع بالدرك.

فإن كانت المسألة بحالها إلا أن المتداعى فيه أمة، فإن كانت راتعة وسلمها ربها المدعى عليه بيمين المدعي تواضعها بيد أمينة، فإن ظهرت حكم بدفع الثمن لبائعها لسلامتها من الحمل، ووجب للمشتري^٣ قبضها، فإن تراضيا على دفع الثمن^٤ حين وضعت عند الأمينة من غير شرط فلا بأس به، وإن كان ذلك بشرط فلا يجوز؛ لأنها إن سلمت من الحمل كان ثمنها، وإن ظهر بها حمل كان سلفاً، قلت: وحكم النفقة في أيام المواضعة على من الضمان منه، وهو البائع. فإن ادعت الأمة الحرية في أيام المواضعة بأنها كانت ولدت من سيدها، فذلك عيب يوجب الرد، بخلاف دعواها ذلك بعد مضي أيام المواضعة لا يوجب الرد إلا ببينة تشهد بذلك، ويلزمه إن باع أن يبين ذلك، وبه القضاء. وقاله ابن كنانة.

^١ سقط من خ ١، خ ٢ قوله (فإن تزوج عليها أو تسرى) .

^٢ سقط من ب ، خ ٢ قوله (أو أمر الداخلة) .

^٣ سقط من ب قوله (للمشتري)

^٤ سقط من خ ٢ قوله (الثمن) .

البائع ركوبها اليوم واليومين فإن الدابة في خلال ذلك مصيبتها من المبتاع، ولا يرجع عليه البائع بما ينوب الركوب.

قلت: وإن كانت دارا مشتركة بين أقوام، وبعضهم يسكنها وبعضهم خارج عنها وأراد الخارجون تسويقها للبيع، وقالوا: لا يمكن ذلك إلا بإخلائها، وطلب ساكنوها بقاءهم فيها وإعطاء الكراء، ورضاهم بدخول المشتريين عليهم فيها، وأن لا يمنعوا أحدا من الدخول للتقليب، هل لهم ذلك أم لا؟

قلت: قال ابن عبد الرفيق: قال ابن عتاب: الذي أفتى به شيوخنا قديما، وحكم به في ذلك أن الدار التي لا تحتل القسمة، وتنازع الشركاء فيها أنها تخرى من جميعهم، وتسوق خالية إلا أن يوجد من يكتريها من غير الشركاء على شرط التسويق إذا أمن منه الميل إلى أحدهم. فإن كان المبيع دارا تباع بحكم الرهن. قلت: قال فلان بن فلان الفلاني إن فلان بن فلان الفلاني استدان من فلان بن فلان الفلاني عدة قدرها كذا وكذا من ثمن سلعة كذا ابتاعها منه بما ذكر وقبضها إلى أمد كذا، ورهن بيده كفافا في ذلك جميع الدار الأصل التي بموضع كذا واشتراط في أصل العقد توكيله على بيعها إذا لم يوف له بالعدة المذكورة للأجل المذكور، وهو في ذلك مضطر، فطلب منه أن يفسخ التوكيل المذكور، ويكون بينهما موجب الشرع ومقتضاه عند حلول الدين المذكور، فحضر فلان المذكور، ووافق على ذلك، وذكر أن الدين حل، وأنه أراد بيع الدار المذكورة، حكمها أن يكلف رب الدين حلولة؛ لأنه مقر بالأجل مدع حلولة، أو يمين الغريم وتبقى الدار في حكم الرهن إلى محل الأجل الذي حلف عليه الغريم؛ فإن وفاه دينه عند الأجل خرجت الدار من الرهن، وأما حكم الشرط فإنه إن وقع به البيع عند حلول الأجل مضى البيع على القول المعمول به، وعليه جرى العمل. واختلف قول ابن القاسم فيه، ولمالك لا يبيع إلا بإذن السلطان. وفيه أقوال غير هذا.

قلت: فإن أراد عزله فليس له ذلك على القول المعمول به. قال اللخمي: وهو أقيس. والشاذ له عزله، وهو لإسماعيل القاضي. وقال الجزيري في الزوج إذا جعل لزوجته أن لا يتزوج عليها، ولا

الثلثين وكيل الظالم أتبع أيهما شاء. قال مطرف: إن قال الوكيل: ما فعلته إلا خوفاً من الظالم، لم يعذر في قوله. لقوله صلى الله عليه وسلم (لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق) (53). قال ابن عرفة: وهذا يبين لك حال بعض قضاة عصرنا في تقديمهم للشهادة من يعرفون جرحته ويشهدون بين الناس في الدماء، والفروج، ويعتذرون في ذلك بالخوف ممن ولاهم القضاء، مع أنهم فيما رأيت لا يخافون منه إلا عزلتهم عن القضاء. ثم قال: وروي عن الشيخ الصالح أبي زكريا الصفوني (54) صالح بجاية أنه كان يقول: اللهم العن الشيعة ومغير الشريعة.

قلت: فإن باع البائع ملكه وملك غيره بغير إذنه؟ قال ابن الحاجب: يرد. وإن كان وجه الصفقة فللمشتري الخيار، يريد في المشتري وإلا فسد وبطل الخيار للمشتري ودخوله على التبعض إن كان الغير قريباً. قال ابن عرفة: وما نقله يقتضي أنه المذهب، وليس كذلك، بل قال ابن الحاجب وأشهب: عند بعضهم، والمشهور فسخ البيع إلا أن يقيد بكون المبيع كان مكبلاً، أو موزوناً، متماثلاً، أو أصنافاً، وامتناع^١ حمله على كون ملك الغير مشاعاً واضح لشرط الجبل.

فإن اشترى رجل من آخر أرضاً، وقال الموثق حين شهد عليهما: وعرف المشتري صحة ملك البائع للمبيع المذكور، ثم طرأ استحقاق في الأرض المذكورة، هل يرجع المشتري على البائع أم لا؟ قلت: قال ابن عبد الرفيح في معين الحكام: في ذلك روايتان: إحداهما أنه يرجع عليه. قلت: وهو المشهور، ولا يضره إقراره، والأخرى أنه لا يرجع بشيء، رواه أصبغ، وعيسى عن ابن القاسم، قال ابن العطار: وبالأولى القضاء^٢.

قلت: فإن اشترى رجل من رجل داراً، واستثنى البائع على المشتري سكنها سنة، ثم انهدمت الدار في داخل السنة هل يرجع البائع على المبتاع بشيء أم لا؟ قلت: قال مالك في جامع بيوع العتبية: لا شيء للبائع على المبتاع (55). قال ابن عبد الرفيح: إلا أن يبنيتها المبتاع في أثناء السنة^٣، فيكون البائع أحق بها إلى تمام السنة، وكذلك الدابة يستثنى

^١ سقط من خ ١ قوله (وامتناع).

^٢ (قلت وهو المشهور ... وبالأولى القضاء) سقط ذلك من خ ٢.

^٣ (لا شيء للبائع على ... أثناء السنة) سقط ذلك من ت.

المسألة لا يخلو حال هذا المضغوط؛ إما أن يكون ضغط في حق وجب عليه، أو فيما لم يجب عليه؛ فإن كان ضغط فيما هو عليه واجب في بيعه لازم، ولا كلام له فيه، وإن ضغط فيما ليس بلازم له؛ فقال ابن القاسم: يرد إليه ما باع من غير أن يلزمه من الثمن شيء، وقال سحنون: هو أحق بشيئه، ويرد للمشتري المال الذي دفعه. وقال ابن كنانة: البيع لازم، والمشتري منه مأجور؛ لأنه أنقذه من هذه الوحلة. قال ابن أبي زيد: وقاله سفيان الثوري (48). قال البرزلي: وقاله السيوري (49)، واللخمي، ومال إليه شيخنا الإمام (50). ثم قال: والذي أفتى به ابن رشد في المضغوط قول سحنون، وروايته عن مالك، وهو رد البيع، ويغرم الثمن الذي قبض^١، ثم قال: إلا أن يعلم المبتاع بضغطة فيرد البيع، ويتبع الضاغط بالثمن، ولا تباعة له على المضغوط، ثم قال ابن رشد: قال ابن القاسم في المبسوط فيمن يضغطة السلطان فيغرمه مالا، وربما عذبه، أو سجنه حتى باع ماله، فهو غير بيع، ويأخذه بئعه من غير ثمن، وسواء علم المشتري بضغطة أم لا إذا صحت الضغطة يوم البيع، وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ أن للمضغوط أخذ ماله، ولو من مشتريه من غير المضغوط، ويرجع كل مشتر على بئعه منه (51).

قلت: فلو ادعى رجل على آخر أنه أكرهه على بيع دار له. قلت: قال فلان بن فلان الفلاني: إن فلان الفلاني أكرهه على بيع داره من فلان بن فلان الفلاني، فحضر من هي الدار بيده، وقرئ عليه دعوى المدعي المذكور، فأنكرها، فيكلف المدعي للإكراه البينة، فإن أثبتتها أعدر فيها للمدعى عليه، فإن وافق عليها أو عجز عن المدفع فيها، فحكمها أن يفسخ البيع، وترد الدار إلي يد رباها. قال ابن عرفة: قال سحنون، والأبهري (52) إجماعا.

قلت: فإن وجدت الدار قد بيعت ببياعات؟ قال سحنون: أخذ مبيعه، ولو تعددت أشريته، كالاستحقاق، ولا يفوت بيع المكروه عتق ولا إيلاد، ولا يحد^٢ المشتري بوطئها. ثم قال سحنون: فإن أقام البائع بينة بتلف الثمن فله أخذ مبيعه، وضمان الثمن من مبتاعه ولو تلف المبيع فلربه أخذ قيمته من المكروه، أو المبتاع، ولا رجوع لأحدهما على الآخر. قلت: قال ابن عرفة: فلو قبض

^١ (ثم قال والذي أفتى ... ويغرم الثمن الذي قبض) سقط ذلك من خ ٢.

^٢ سقط من ب، خ قوله (أن للمضغوط).

^٣ في ب، ت (ويحد).

قال ابن رشد رحمه الله تعالى: ووجه العمل في ذلك أن ينظر إلى الناحية التي فوتها بالغرس ما هي من جميع الأرض؟ فإن كانت الثلث أو الربع فسخ البيع في الباقي بثلثي الثمن أو ثلاثة أرباعه، فسقط عن المبتاع إن كان لم يدفعه، ورد إليه إن كان دفعه، وصح البيع في الناحية الفائتة بالقيمة يوم القبض، فمن كان له منها فضل على صاحبه في ذلك رجع به عليه؛ إذ قد تكون قيمة تلك الناحية أقل مما نابها من الثمن، أو أكثر. قلت: وقد تكون مساوية، ثم قال: وقد قيل إن البيع يفسخ في الأرض كلها فيبطل عن المشتري جميع الثمن إن كان لم يدفعه، ويرد إليه إن كان دفعه، وتكون عليه في الناحية التي فوت بالغرس القيمة^١؛ بالغة ما بلغت. قال: وهذا القول قائم من الدمياطية لابن القاسم، والأول هو القياس، قلت: وسبب الخلاف بين القولين على ما بينه في آخر كلامه أنه في القول الأول قوم الجميع، وفرض الثمن عليه، وفي القول الثاني قوم الفائت خاصة، وذلك يختلف، قد تكون قيمة ذلك الموضع في التمثيل على انفراده عشرة ومع جملة الأرض عشرون إذ قد تساوي الأرض دون ذلك الموضع تسعين ويساوي ذلك الموضع عشرة، ويساوي جميع الأرض جملة مائة وعشرون. فانظره (46).

فإن كان البائع باع مال غيره، فلا يخلو حال ذلك الغير إما أن يكون حاضرا للبيع، أو غائبا عن مجلس البيع، فإن كان حاضرا للبيع وسكت حتى تم البيع فقام، وقال: ما وكلت ولا أرضى، قال اللخمي: لزمه البيع، وليس له نقضه كالنكاح، ويكون له الثمن، وقاله ابن زرب. قال ابن رشد رحمه الله تعالى: فإذا سكت حتى تمت سنة فلا حق له في ثمن، ولا مثمون، وإن كان غائبا عن مجلس البيع، ثم علم بالبيع وسكت حتى تمت السنة من حين علمه؛ قال ابن رشد رحمه الله تعالى: لا حق له في المبيع، وله حق في الثمن، وقال ابن زرب: السنة والسنتان. قال ابن رشد رحمه الله تعالى: وأما إذا سكت عشرة أعوام، وقام فلا حق له في الثمن، ولا في المثمون.

فإن اشترى شخص من آخر دارا، ثم قام البائع، وادعى على المشتري أنه كان مضغوطا في بيعه (47)، ولم يوافق المبتاع على ذلك. قلت: يكلف البائع البينة على دعواه، فإن أثبتتها أعذر فيها للمشتري، فإن ادعى مدفعا أجل في إثباته، فإن أثبتته ولم يكن للمشتري فيه مقال^٢، قلت: هذه

^١ سقط من ب، ت، خ، س قوله (القيمة).

^٢ هناك اضطراب ونقص في العبارة، ولعل الصواب (فإن أثبتته ولم يكن للبائع فيه مقال لزم البيع).

للبائع أن يكون عليه لمشتري الشجرة كراء عمود الزيتون إن كان المشتري غائبا، وإن كان حاضرا فعلى ما ذكرناه من الخلاف، ثم قال ابن لبابة: لو اشترى عمودها رجل، واشترى فروعها آخر ولم يقطعها حتى أثمرت فإن الثمرة لصاحب الفروع، وعليه كراء العمود، وعلى صاحب العمود كراء الأرض. قال: وذلك إذا كان^١ صاحب العمود وصاحب الأرض غائبين، فإن كان صاحب الأرض غائبا، وصاحب العمود حاضرا لم يكن لصاحب العمود كراء، وكان لصاحب الأرض كراؤها على صاحب العمود، وقد روي عن سحنون أنه قال في مسألة الزيتون تشتري على القطع فتثمر: أرى الضمان على البائع والغلة له (45). قلت: والذي جرى عليه العرف بين الناس في مثل هذا قول سحنون.

فإن لقي رجل رجلا بسلعة يبيعها فطلبه في شرائها، فقال مالكها للمشتري أعطاني فيها فلان مائة دينار، فقال له المشتري أنا اشتريتها منك بمائة ودينار، فباعها له، ثم لقي المشتري الرجل الذي زعم ربه أنه أعطاه مائة فسأله عما أعطى فيها فقال له إنما أعطيته خمسين، هل له مقال مع البائع بهذا أم لا؟ قلت: قال مالك: لا مقال للمشتري والبيع لازم لهما، ولو شاء المشتري لتثبت لنفسه قبل أن يدخل في هذا، وكيف يصدقه في أول كلامه، ثم يكذبه في آخره. قال: ولا أرى على البائع يمينا. فإن اشترى أرضا فاسدا، وقامت البينة على فساد العقد في الأرض بين البائع والمبتاع، ثم غرس المشتري بعض الأرض المشتراة بعد أن قبضها، ولم يغرس سائرها، فهل تفوت الأرض كلها؛ ما غرس منها، وما لم يغرس، أو يفوت ما غرس فقط؟

قلت: قال في سادس مسائل سئل عنها أصبغ: إن كان الغرس أحاط بها ولو كان أكثرها بياضا هل تفوت بذلك؟ قال: نعم؛ إذا عظمت فيها المؤونة، وكان لها بال، وعلى مشتري الأرض قيمتها. قيل له فإن كان غرس ناحية منها وجل الأرض بياضا كما اشتراها؟ قال: أرى أن يفسخ البيع وترد الأرض البياض إلى ربه وتكون الناحية التي غرس فائتة بغراسه، وهي عليه بقيمتها. قلت: فإن كان الذي غرس منها شيئا يسيرا لا بال له؟ قال: أرى أن يفسخ البيع في جميعها ويكون للمشتري الغارس على البائع قيمة غرسه.

^١ سقط من ت، خ، قوله (قال وذلك إذا كان).

ينفك عنه الطعام إلا أنه يسير لا خطب له، والثالث أن يكون مثل الخمس والربع ونحو ذلك، والرابع أن يكون مثل الثلث والنصف، والخامس أن يكون أكثر من النصف وهو الجبل. فإن كان الفساد الموجود فيه مما لا ينفك عنه الطعام بمجرى العادة فهو للمشتري لازم، ولا كلام له فيه، وأما إن كان مما ينفك عنه الطعام إلا أنه يسير لا خطب له؛ فإن أراد البائع أن يلتزم العيب^١ ويلزم المشتري السالم بما ينوبه من الثمن كان ذلك له بلا خلاف، وإن أراد المشتري أن يلتزم السالم ويرد المعيب بحصته من الثمن لم يكن ذلك له على ما في المدونة (42). وروى يحيى عن ابن القاسم أن ذلك له، وأما إن كان مثل الربع والخمس؛ فإن أراد البائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن^٢ ويسترد المعيب كان ذلك له بلا خلاف، إذ لا اختلاف في أن استحقاق ربع الطعام أو خمسه لا يوجب للمبتاع رد الباقي، وإن أراد المبتاع أن يرد المعيب ويلتزم السالم بحصته من الثمن لم يكن ذلك له بلا خلاف أيضاً، وأما إن كان الثلث أو النصف فأراد البائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن لم يكن ذلك له على مذهب ابن القاسم، وكان ذلك له على مذهب أشهب، واختاره سحنون، ولم يكن للمبتاع أن يستلزم السالم ويرد المعيب بحصته من الثمن، وأما إن كان الجبل كأكثر من النصف فلا اختلاف في أنه ليس للبائع أن يلزم المشتري السالم بحصته من الثمن، ولا للمبتاع أن يرد المعيب بحصته من الثمن، وهذا الذي ذكرناه أن حكم المكيل والموزون من العروض حكم غير الموزون منها، لا يوجب للمبتاع رد الباقي إلا أن يستحق الجبل (43).

فإن اشترى رجل شجرة للقطع فتراخى عن قطعها حتى أثمرت لمن تكون الثمرة للبائع أو للمبتاع؟ قلت: قال مالك: الثمرة لمشتري الشجرة. قال القاضي ابن رشد: ويكون على المشتري للبائع أجره قيامه عليها إن كان يسقيها، قاله ابن القاسم، ويكون عليه كراء موضعها من الأرض إن كان غائباً باتفاق، وإن كان حاضراً على اختلاف، إذ قد قيل إنه يحلف إن كان حاضراً ويكون له الكراء وهو قول عيسى. وقال ابن عبدوس: (44) إن كان البائع اشترط الأغصان فالثمرة له وإن لم يشترط ذلك، وكان البيع مجملاً فذلك للمبتاع. قال: ويلزم على ما قلناه يعني في مسألة الأغصان

^١ سقط من خ ٢ قوله (يلتزم العيب) ، أما في ت فهي (يلزم المبيع) .

^٢ سقط من ب قوله (من الثمن) .

يجب على الحكم، وقد اختلف فيه وفيما أشبهه من الشروط التي تقتضي التحجير على المشتري فيما اشتراه ولا توجب غررا، ولا فسادا في الثمن ولا في المثلون، مثل أن يبيع الجارية على أن لا يتخذها أم ولد، أو لا يخرجها من البلد، وما أشبه ذلك من الشروط على قولين: أحدهما وهو المشهور أن البائع بالخيار ما كانت السلعة قائمة بين أن يترك الشرط أو ينقض البيع، فإن فاتت (38) بما يفوت به البيع الفاسد مضى البيع، وكان على المبتاع القيمة إلا أن تكون أقل من الثمن فلا ينقص المبتاع من الثمن شيئا، وقيل إن البيع يمضي إذا فاتت، ويرجع البائع على المبتاع باسم ما بين القيمتين من الثمن، والقول الثاني أن حكم هذه البيوع كلها حكم البيع الفاسد، يفسخ على كل حال في القيام، ويكون فيها القيمة بالغة ما بلغت في الفوات. انتهى بالمعنى من رسم القبلية من سماع ابن القاسم من جامع البيوع (39).

فإن أدخل رجل سلعة لسوق أعطاها السمسار فأخذ السمسار يسوقها حتى وقفت على رجل بثمان معلوم (40)، ثم قدم من وقفت عليه، فقال لربها: أذهب بها أستشير. فيقول ربها: اذهب، فذهب بها، واستشار فرضيها، وقدم لربها بالثمن. فقال له ربها قد بدا لي، وما كان بيني وبينك إلا مساومة، والآن قد زيد لي فيها عليه، فبعثتها من غيرك، فهل لربها مقال أم لا؟ قلت: قال مالك في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من الجامع: لا أرى ذلك للبائع، وأراه يباع نافذا إن رضي الذي ساومها، وليس له أن يرجع عن ذلك^١ (41).

فإن اشترى سلعة من رجل فوجد المشتري أسفلها مخالفا لأعلاها وهذا ما يفعله من لا دين له من أصحاب الفواكه هل له أن يرد الرديء ويتمسك بالجيد؟ قلت: قال مالك في رسم حلف بطلاق امرأته من سماع ابن القاسم من جامع البيوع: إن أحب أخذ الجميع أو رد الجميع^٢، إلا أن يريد البائع أن يسلم إليه ما وجد فيه طيبا إن شاء المبتاع، قال القاضي ابن رشد: الخلاف الموجود في الطعام وما كان في معناه من المكيل والموزون من العروض ينقسم إلى خمسة أقسام: أحدها أن يكون مما لا ينفك عنه الطعام كالفساد^٣ اليسير في قاع الأهراء والبيوت، والثاني أن يكون مما

^١ سقط من خ ٢ قوله (وليس له أن يرجع عن ذلك) .

^٢ سقط من خ ١ قوله (أو رد الجميع) .

^٣ سقط من خ ٢ قوله (كالفساد) .

له، بخلاف إذا باعه على رهن فلم يجد رهنا فلا يسجن^١؛ لأنه يقدر على اختبار ذمته بالسؤال أو الكشف عنها، ولا يقدر على علم من يتحمل له بالسؤال، والمشتري يعلم من يدخل له في الحماله فيتهم بتركه، فلذلك سجن له.

فإن كانت المسألة بحالها إلا أن المشتري اشترى لابنه بمال وهبه لابنه المذكور يؤديه للبائع منجما على ثلاثة أعوام، يؤدي ثلث الوجبة عند انقضاء كل عام من الأعوام المذكورة، وتوفي المبتاع المذكور قبل أن يؤدي من الثمن شيئا فكيف حكمها؟ قلت: قال ابن الحاج: قال ابن رشد: يلزم المبتاع الثمن، والابتياح ويؤخذ الثمن من تركته، ويكون المبيع ميراثا لجميع ورثته، ووافقه ابن الحاج على ذلك.

فإن كان المبيع جنة متصلة بجنة أخرى للبائع، فقال الموثق في الوثيقة منتهاها من الجهة الجوفية التي إليها جنة البائع التي لم تبع إلى شجرة الزيتون، فلما تم البيع بينهما كما وصف وقع النزاع بين البائع والمبتاع في شجرة الزيتون هل دخلت في المبيع أم لا؟ قلت: فهذا جار على الخلاف في الحد هل يدخل في المحدود أم لا؟ وقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال: الأول يدخل. الثاني لا يدخل. الثالث نقله عبد الحق (36) بالتفصيل إن كان الحد من جنس المحدود دخل، وإلا فلا. فإن كان المبيع أمة وكان عليها ثياب وحلي لم يقع لها ذكر في البيع فهل تدخل في المبيع أو حتى ينص عليها؟ قلت: قال ابن القاسم: هي للبائع إلا ما يكون مما لا تتزين به فهو لها. قال ابن رشد: وإذا كان ذلك للبائع فيلزم البائع أن يكسوها كسوة تصلح لمثلها. وقيل لا يجب عليه ذلك إذا لم يشترطه المبتاع، فإذا اشترط ذلك المبتاع لزم البائع، واختلف إذا اشترط البائع أن لا يكسوها، وأن يأخذها المبتاع عريانة؛ ففي سماع أشهب من كتاب العيوب الشرط باطل، وعليه أن يكسوها. وقيل شرطه عامل، وهو الصحيح. انظر رسم الرطب باليابس من سماع ابن القاسم من جامع البيوع (37).

فإن اشترط البائع على المبتاع أن لا يبيع، ولا يهب هل يفسد البيع لأجل الشرط أم لا؟ قلت: قال ابن القاسم: قال مالك: لا أحب هذا الشرط يقع في بيع، قال ابن رشد: قال مالك: لا أحب ولم

^١ سقط من ت قوله (فلا يسجن) .

بعد ذلك من الغائبين، وكيفية التراجع قد بينها ابن رشد في المقدمات بأحسن بيان(32)، وكنا
أفردنا لها الكلام قبل هذا بعمل وجيز مختصر. فليُنظر ذلك في محله، ولو أتينا في هذا المختصر
باستيفاء الكلام عليها لطال ذلك، وخرجنا عن المقصود.

فإن كانت المسألة بحالها إلا أن المبيع هو نصف دار باعه من زوجه أو أم ولده في صحته، وجواز
أمره بمائة وخمسين مثقالاً أشهد على نفسه أنه قبضها منها، ثم توفي بعد ذلك، وقام أخوه وارثه
يريد نقض البيع، ويقول توليخ(33)، وأثبت عقد استرعاء(34)، أن البائع لم يزل بالدار إلى أن مات،
وأثبت رسماً آخر أن أخاه كانت بينهما عداوة، قلت: قال ابن الحاج: قال ابن عتاب: إذا ثبتت
سكناه بها إلى أن مات فذلك مبطل للبيع^١ ولا يثبت للزوجة^٢ ولا لأم الولد في نصف الدار، ولا في
الثلث الذي أشهد أنه قبضه منها شيء، وتكون الدار بأجمعها موروثة عنه لورثته، وإنما يحمل أنه
قصد بذلك الهبة، وتحيل عن التحويز بالإشهاد بالبيع، وبمثله أفتى فيها ابن الحاج، وزاد في تعليقه
أن عقد البيع لم يتضمن معاينة الثمن، وذلك مما يسترأب ويظن به التوليخ، والخدعة، والوصية
للوارث. قال: ومثله في سماع حسين ابن عاصم(35) عن ابن القاسم فيمن أشهد في صحته أنني قد
بعت منزلي هذا من امرأتي، وابنتي بمال عظيم، ولم ير أحد من الشهود الثمن، ولم يزل المبيع
بيده إلى أن مات. قال ابن القاسم: لم يجز هذا، وليس هذا بيعاً، وإنما هو توليخ.

فإن كانت المسألة بحالها إلا أن البائع له دار يازاء الدار المبيعة، وشرط على المشتري أن لا يزيد
على جدران الدار المبيعة شيئاً لئلا يطول على داره التي لم تبع، فهل يلزم هذا الشرط أم لا؟
قلت: في نوازل ابن الحاج قال فيها ابن رشد: البيع صحيح، والشرط لازم.

فإن كانت المسألة بحالها إلا أن الثمن كان وقع شرطه^٣ في البيع على أن يؤديه المشتري^٤ إلى سنة
على أن يعطي به إلى البائع حميلاً، فعجز المشتري عن الحميل هل يسقط عنه الحميل لعجزه أم
لا؟ قلت: قال ابن الحاج: إن عجز عن الحميل سجن إلى الأجل حتى يأتي له بحميل^٥. قال: وهو

^١ سقط من خ ١ قوله (للبيع) .

^٢ سقط من ت قوله (للزوجة) .

^٣ في ب (أنه عند) .

^٤ سقط من خ ١ قوله (شرطه) .

^٥ سقط من ت قوله (المشتري) .

^٦ سقط من خ ٢ قوله (بحميل) .

للبيع فلا حق له فيها، وتكون للمبتاع. قال ابن الحاج: ثم إنني فاضت في ذلك القاضي أبا الوليد ابن رشد، فكأنه رأى أنها للبائع، ثم قال لي قد تحتل.

فإن كانت المسألة بحالها إلا أن البائع باع بحكم حضانة. قلت: بيع الحاضن يشترط فيه سبعة شروط: قال ابن هشام: هي اليتيم، وأنه تحت حضانة الحاضن، وأنه محتاج إلى بيع ما يباع عليه، وأنه لا تقوم صناعته بمعيشته، والسداد في الثمن، وأن هذا أحق ما يباع عليه، وأن تكون قيمة المبيع عشرين ديناراً، وقال ابن بشتغير في هذا الأخير عن ابن الهندي: أنه قال: رأيت لبعض المفتين من السلف الماضي بالأندلس أن بيع الحاضن يجوز فيما قيمته عشرة دنائير، وقال ابن رشد في أجوبة ابن الحاج: إذا كانت قيمة المبيع ثمانية عشر مثقالاً، وزاد الجزيري ثلاثين ديناراً. فإن كانت المسألة بحالها إلا أن البائع حين باع سافر عشرة أعوام، ثم قدم فوجد المشتري قد مات، فطلب الثمن للورثة، قلت: قال الزرويلي فيها: قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إن البائع مصدق ولو بعد عشرين سنة إلا فيما العادة أنه لا يباع إلا بالنقد، كالزيت، واللحم، وشبهه، ثم قال: قال ابن يونس^١: ينظر عرف الناس في تلك البلدة فيقضى به. قلت: هذا الذي نقله عن ابن القاسم هو مذهبه على الإطلاق ولو كان البائع حاضراً، فيكون في هذه أخرى.

فإن كانت المسألة بحالها إلا أن التبايع وقع بينهما على أن يؤدي له الثمن في سنة كذا ولم يبين أولها ولا وسطها ولا آخرها. قلت: قال ابن سهل: قال ابن لبابة: هو أجل مجهول، وقال ابن زرب: ورأيت لمالك في المبسوط أنه أجل معلوم، ويكون محله إن كان الشهر في وسطه، وإن كانت السنة في وسطها، قال ابن سهل: أليس البيع إلى الجذاذ والحصاد جائز؟ فهذا أحق بالجواز. فإن كانت المسألة بحالها إلا أن المشتري تعدد، فحضر بعضهم، ووافق على البيع بالثمن الذي ذكره البائع وقد كان البائع زعم أن الثمن كان بين المشتريين على حكم التضامن (31) فأنكر البعض الحاضر من المشتريين التضامن وقال إنما التزم كل واحد من المشتريين منابه من الثمن خاصة، فيكلف^٢ البائع البينة بالتضامن، فإن أقامها أعذر فيها للحاضرين؛ فإن كان عندهم فيها مدفع دفعوها، ووجبت عليهم اليمين، فإن نكلوا عنها غرموا جميع الثمن للبائع، ورجعوا على من وجد

^١ (قال ابن القاسم إن البائع ... قال ابن يونس) سقط ذلك من خ ٢ .

^٢ في ت (فكيف) .

فإن كانت المسألة بحالها إلا أن المشتري قام على البائع بعيب كثير في المبيع، فوافقه عليه البائع، وقال للمشتري: شرطته عليك وعليه وقع التبائع بيننا، فالبائع مدع. قال ابن الحاج: أفتى الفقهاء كلهم بإيجاب اليمين على المبتاع أنه ما أعلمه بالعيب، ويردها. وقال ابن الحاج في أجوبته الكبرى (29) أيضا: إلا أبا إسحاق التونسي (30) فإنه أفتى فيها بالتحالف، والتفاسخ فأنكر عليه الفقهاء ذلك، فوجهها لهم بأن قال: لما قال البائع قد بينت للمشتري العيب، صار جزء المبيع^١ من الدار ولم يأخذ عنه ثمنًا وإنما الثمن في سائر الأجزاء التي لا عيب فيها، والمشتري يقول لم تبين لي العيب فلم أَدفع الثمن كله إلا في الأجزاء كلها، فقد حصل الاختلاف في قلة الثمن وكثرته، فحين سمع الفقهاء توجيهه صوبوا قوله. قال ابن الحاج: فيدخل هذا الجواب في السلع كلها والحيوانات وغير ذلك.

فإن كانت المسألة بحالها في جوابها وسؤالها، ثم حضر البائع واعترف بقبض الثمن، ثم قام بعد ذلك، وقال: لم أقبض الثمن، وإنما أشهدت له به^٢ توثقة مني به أنه يوفيه لي في أي وقت طلبته به. قال الشيخ أبو الحسن الزرويلي: إن قام البائع بالقرب وجبت له على المشتري اليمين أنه دفع له ذلك، فإن حلف المشتري برئ، فإن قلبها فيحلف البائع، ويغرم. وفرق ابن الحاج في أجوبته بين الأقارب والأجانب، فقال: إذا قام القريب ولو بعد طول وجبت له اليمين على المشتري. فانظره. وقال ابن سهل عن ابن لبابة: إذا قام بالقرب كالعشرة الأيام، ونحوها حلف المشتري وبرأ، فإن نكل حلف البائع ورجع بالثمن على المشتري. وقال ابن عبد الرفيع عن ابن حبيب: لا يمين على المشتري إلا أن يأتي بسبب يدل على ما ادعاه، وتقع على المبتاع تهمة فيحلف.

فإن كانت المسألة بحالها إلا أن الدار بها حائط مدعم على دعائم من عود، فلما تم البيع بينهما أخذ المشتري في بناء الحائط المدعم، فلما بناه قام البائع^٣ يطلب الدعائم التي كانت تحت الحائط، وقال لم تدخل في البيع، قلت: قال ابن الحاج: فظهر لي أنها للمشتري كالبنيان، فإن كانت عند البائع عارية وثبت ذلك، فيرجع المشتري على البائع بمقدارها من الثمن، وإن كانت

^١ هكذا في خ ١، وفي ب صار جزء المعيب، وفي ت، خ ٢، س صار جزء العيب.

^٢ سقط من ت قوله (له به).

^٣ في ب، خ ١، س (المشتري).

وتفاسخا، فإن حلف أحدهما، ونكل الآخر كان القول قول الحالف منهما، وإن لم يكن لما قال
البائع وجه^١ كان الماء للمشتري. قال ذلك ابن القاسم في بعض الروايات من الهبات والصدقات،
وأما إذا اختلفا وقال البائع بعتك دون ماء، وقال المشتري اشتريت منك بالماء، وكل واحد يدعي
شرطا وبيانا فقال ابن القاسم: إن كان لما قال البائع وجه تحالفا، وتفاسخا، وإن لم يكن لما قاله
وجه كان القول قول المبتاع. وقال أصبغ: يتحالفان ويتفاسخان؛ كان لما قاله البائع وجه^٢ أو لم
يكن، ولم يراع في ذلك قول أصبغ، وهو المشهور، ولو كان ذلك في الهبة أو الصدقة لكان القول
قول الواهب إنه إنما وهبه دون ماء، بخلاف ما إذا كان الماء فيها على ما في سماع أصبغ من
كتاب الهبات والصدقات (27)، قلت: ولهذا الاختلاف يتحفظ الموثقون في قولهم وبمائها الجاري
من حيث هو.

فإن كانت المسألة بحالها في سؤالها إلا أن المشتري قام على البائع بعيب خفي مما يخفى على
البائع، والمبتاع، وذلك أن المشتري حين اشترى الدار المذكورة أخذ في إصلاح مائها فحفر
حفيرا للماء المذكور في مباح من مباحاتها، فوجد المباح كله على الخواء، فقام المشتري
على البائع بذلك، ورفعته إلى مجلس الحكم.

قلت: فبحثت على المسألة فوجدت شيخنا الفقيه القوري كان سئل عنها من مدينة تلمسان، وأجاب
فيها بأن قال: أرى حكمها كالجوز، والخشب التي لا رجوع بالعيب فيها؛ لأنها مما يستوي في
الجهل فيها البائع، والمبتاع، ثم وجدتها منصوصة عند ابن بشتغير، وهو يفرق في العيب في المبيع
إما أن يكون العيب مما عملته الأيدي، أو مما كان في أصل خلقته؛ فإن كان في أصل الخلقة فلا
رجوع به على البائع، وإن كان مما عملته الأيدي فيرجع به، كان مما يخفى أم لا. فانظره.

فإن كانت المسألة بحالها في سؤالها إلا أن البائع كان اشترط على المشتري سكنى سنة فانهدمت
الدار قبل تمام السنة، قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول: إن انهدمت قبل أن تمضي السنة أن
مصيبتها من المبتاع، ولا يرجع على^٣ البائع بشيء مما بقي له من السكنى (28).

^١ (مثل أن يكون المبتاع ... وإن لم يكن لما قال البائع وجه) سقط ذلك من خ ٢.

^٢ (تحالفا وتفاسخا ... كان لما قاله البائع وجه) سقط ذلك من ت.

^٣ في سماع أصبغ في البيان: (ولا يرجع البائع) بإسقاط (على).

الأنقاض، فيذهب رب الأنقاض بغير شيء، ثم قال: ويلزم على هذا إذا كانت أجرة القلع، والتحميل^١ أكثر من قيمة ما له قيمة أن يغرم رب الأنقاض الباقي، وكذلك إذا كان جميع^٢ البناء لا قيمة له بعد قلعه يلزم صاحب الأنقاض أن يعطي لصاحب العرصة الأجرة من ماله، وهذا لا يمكن أن يقال. فإذا كانت القاعة للمخزن، وقلنا على فتوى ابن علال، والتازغدري أنه يحمل على التأييد، ولم ينص البائع على مقدار ما يلزمها من الكراء في كل سنة. قلت: فإذا علم المشتري بمقداره بعد البيع فهو مخير بين أن يرضى، أو يرد، ومثل هذا عند ابن الحاج فيمن اشترى أحواض ملح، وقال الموثق: وعلم المبتاع أن شرب هذه الأحواض من ساقية السلطان بالكراء، ولم يتبرأ إليه بذلك. قال: فله أن يمسك، أو يرد. قال: وليس يفسد في العقد.

فإن كانت المسألة بحالها في سؤالها إلا أن المشتري ادعى أن الماء الذي يجري كان يجري بالدار قبل التبايع وهو من حقه بدليل قول الموثق بجميع منافعتها، ومرافقتها الداخلة فيها، والخارجة، وخالفه في ذلك البائع، وقال: الماء ليس بداخل في المبيع. قلت: قال ابن رشد في سماع أشهب، وابن نافع في الرسم الأول من البيوع، وفي الثانية منه قال: إذا وقع البيع بينهما وهما عالمان بمبلغ الشرب فلا يخلو الأمر في ذلك من ثلاثة أوجه: أحدها أن يقع البيع بينهما مبهما دون نية، ولا شرط^٣، ويقول البائع: إنما كانت إرادتي بيعها دون شربها، ويقول المبتاع: إنما كانت إرادتي شراءها بشربها، والثالث أن يختلفا؛ فيقول البائع: بعتك دون شرب بشرط، وبيان، فأما إذا وقع البيع بينهما مبهما دون نية، ولا شرط، ففي ذلك اختلاف. قال في هذه الرواية: إن المبتاع يكون له شرب النخل من الماء، وقيل إنه لا يكون له الشرب إلا أن يشترطه، وهو ظاهر ما في رسم باع شاة من سماع عيسى، وأما إذا وقع البيع بينهما مبهما، وقال البائع: كانت إرادتي أن أبيع دون شرب، وقال المبتاع: إنما كانت إرادتي^٤ شراءها بشربها، فإن كان لما قال البائع وجه؛ مثل أن يكون المبتاع يقدر على سقيها من غير ساقية البائع، أو كانت تستغني عن السقي تحالفا،

^١ (جميع من الأنقاض ... القلع والتحميل) سقط ذلك من خ ٢.

^٢ في ت (قيمة).

^٣ هذه المسألة نقلها المؤلف من كلام ابن رشد في البيان والتحصيل، وسقط من المخطوط قوله (والثاني أن يتفقا على أن البيع وقع بينهما مبهما دون شرط) انظر البيان ج ٧ ص ٣٢٨.

^٤ (وهما عالمان بمبلغ الشرب ... وأما إذا وقع البيع بينهما) سقط ذلك من خ ١.

^٥ (أن أبيع ... كانت إرادتي) سقط ذلك من ت.

المواز قال محمد: إن كانت البقعة لغير السلطان فلا يجوز بيع النقض على حال؛ لأن رب الدار مقدم في دفع قيمته منقوضا، وفي وثائق ابن العطار إذا بيعت الأنقاض بشرط القلع، ووفقا على ما فيها جاز إن لم يضمن إن أبقاها على حالها، وقال ابن زرب: لا يجوز بيع الأنقاض؛ إذ المعلوم أنه لولا رجاؤه لتركها فيها لم يعط لصاحبها ذلك الثمن فيها. قال له ابن دحون: فلو باع النقض صاحبه، وشرط على المبتاع قلعه؟ فتبسم وقال: هذه حيلة لو سمعها الناس لاحتالوا بها، وذهب إلى أن ذلك جائز. فقال له ابن دحون: فلو أوصى رجل ببيع نقض له وتفريق ثمنها على المساكين؟ فقال: أما أنا فلم أكن لأعقد فيه البيع، ولقلت للموصي افعل ما بدا لك. وأفتى ابن عتاب، وابن القطان، وابن مالك⁽²²⁾ بفسخ البيع في الأنقاض المقامة في الأرض المحبسة، وإن شرط القلع، ثم قال: وذهب غير ابن القاسم إلى أن ذلك غير جائز إلا أن يباع في دين، ويقال في العقد إنه بيع بإذن صاحب البقعة في دين لحقه من فلان بن فلان الفلاني، وإن كانت العرصه لجماعة المسلمين فالذي أفتى به الفقيهان ابن علال⁽²³⁾، والتازغدري⁽²⁴⁾ أن العادة فيمن بنا في أرض السلطان إنما يدخل على التأييد وإن سمي مدة للاستئجار، وخالفهما في ذلك الفقيه العبدوسي⁽²⁵⁾ ونكث عليهما قولهما الذي جرت عليه العادة. فانظر كلامهم عليها لأنهم أطالوا فيه، وأطنبوا، وعللوا.

قلت: فإذا قلنا بإمضاء البيع على ما هو عليه العمل، وقام مالك العرصه، وقال: إنما أعطي قيمة الأنقاض منقوضة، فهل يحاسب بأجرة القلع وأجرة إخلاء العرصه من الأردام والأنقاض أم لا؟ قال الفقيه التازغدري: المحاسبة بالجميع خطأ، إنما يصح^١ بعد تسليم أخذ الأنقاض بقيمتها مقلوعة أن يحط من قيمة الأنقاض أجر ما له قيمة بعد القلع على ما قاله ابن المواز، وابن شعبان. وقيل لا يحط منه أجر القلع على مذهب ابن القاسم في المدونة⁽²⁶⁾، حكاه ابن رشد. وأما ما لا قيمة له بعد القلع فلا يحط لقلعه شيء، ولا يصح أن يدخل فيه الخلاف، ثم قال: وإذا كان يحيط أجر القلع، وتخميل العرصه، وطرح التراب بجميع ثمن الأنقاض فلا يمكن أن يشتري بما يبقى له مثل أنقاضه، وفي ذلك على رب الأنقاض ضرر عظيم، فقد تستغرق أجرة القلع، والتخميل جميع ثمن

^١ في ب، خ، ١، خ (يؤخذ).

حظه في القسمة أنه كان لمورثهم فإنه يكون بين جميع الورثة، فكذلك الخوابي إذا علمت أنها من عمل البائع فلا إشكال أنها لورثته، وإذا لم يعلم لمن كانت فحكمها حكم اللقطة (19).

قلت: ومن هذا المعنى ما قاله ابن الحاج (20) فيمن صاد حوتا فباعه فوجد المبتاع في جوفه لؤلؤة، قال: فإن كانت مما يصح أنها ملكت مثل أن تكون مثقوبة، فهي كاللقطة يعرفها، وليست للبائع، ولا للمشتري، وإن لم تكن مثقوبة فهو دليل أنها لم تملك، فكان الشيوخ يختلفون في ذلك: فمنهم من يراها للبائع، ومنهم من يراها للمبتاع كالدار يجد فيها كنزا. وقال عياض في المدارك عن ابن القطان: إن اشترى^١ الحوت بالوزن فما وجد في جوفها فهو للمبتاع. فحصل في المسألة ثلاثة أقوال.

فإن كان المقال بحاله إلا أن البائع يدعي أن إظهار البيع كان منهما تحيلاً، وأن ذلك كان بينهما على وجه الرهن، وأنكر ذلك المشتري، وقال: إنما كان البيع بيننا ظاهراً وباطناً. قلت: يكلف البائع البينة على دعواه الرهنية؛ فإن أثبتها أعذر فيها للمشتري؛ فإن وافق عليها فلا إشكال، وإن ادعى مدفعاً أجل في إثباته، فإن عجز عن إثبات المدفع وعجزه القاضي لعجزه ردت الدار إلى ربه، وأخذ المشتري^٢ بالعدة التي سميها ثمناً، وإن لم تقم للبائع بينة، أو قامت وأسقطها المشتري وجبت عليه اليمين، فيحلف، ويحكم له بثبوت البيع، وإن نكل عنها أو قلبها على البائع فيحلف البائع، ويحكم له بالدار المذكورة، ورد الثمن على ربه، قلت: وهل يحكم بينهما قبل ثبوت استمرار الملك في الدار أو يكتفى بمقاررتهما^٣؟ انظر ذلك في ثامن مسألة من نوازل أصبغ من جامع البيوع (21).

فإن كانت المسألة في مقالها، وجوابها كما تقدم إلا أن الدار على قاعة للرعية، أو غيرها، واشترى المشتري الأنقاض على القلع، هل يجوز ذلك أم لا؟ لأنه إذا اشتراها انتقل الخيار لمالك البقعة بين أن يعطي للمشتري قيمتها منقوضة، أو يبقياها على حالها، فالمشتري إذا دخل على شيء لا يدري هل هو أنقاض أو قيمتها. قال ابن سهل في سماع أشهب: ليس هذا بحسن، وفي كتاب ابن

^١ في خ (٢) إن وجد .

^٢ في ب، ت (البائع).

^٣ في ب (مقارنتها)

إلا أن يشترطه المبتاع، وما كان من نحل في الكوى فهو للمشتري وإن لم يشترطه، وكذلك حمام الأبرجة حملها ابن العطار^١ محملاً واحداً، وجعلها الباجي للبائع باشتراطها. قال أصبغ: وذلك جائز وإن لم يعرف عددها إذا عاينها وحزرها.

ولخص ابن رشد رحمه الله ما في المذهب فقال: أما طير الأقفاص فلا خلاف في منع بيعه جزافاً^٢ إذ لا مؤونة في عدها، ونحل الأجباح لا خلاف في جواز بيعها جزافاً؛ إذ لا يمكن عدها، ولا كيلها بوجه، وحمام الأبرجة اختلف في بيعها جزافاً، إما للمشقة في عدها، أو لعدم الإحاطة بها عند النظر إليها، فمن غلب المشقة على عدم الإحاطة أجاز ذلك^٣، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم، وهو الراجح. ومن غلب عدم الإحاطة منع، وهو قول ابن نافع في المدونة، وليس^٤ في تغليب أحدهما على الآخر إلا ما يغلب على ظن المجتهد. انظر كلام ابن رشد رحمه الله على أول رسم البيع والصرف من سماع أصبغ من جامع البيوع (17).

وكذلك اختلف في الخوابي والرخام والصخر توجد في الدار المباعة، ولم يعلم بها البائع، ولا المبتاع، فإن كان في الدار المباعة صخر، أو رخام، أو أعمدة، أو شبه ذلك مما لا يعلم به البائع، ولا المبتاع^٥، فالمشهور من قول ابن القاسم أنه للبائع إن ادعاه، وأشبه أن تكون له بميراث أو غيره، وإلا كان سبيله سبيل اللقطة (18)، وله أيضاً في العتبية أنه للمبتاع، ومثله لسحنون، وابن دينار. انظر آخر نوازل سحنون من جامع البيوع. وقال ابن سهل فيها مثل قول سحنون، واحتج بما في العتبية.

ولما تكلم ابن رشد رحمه الله على الرواية قال: قول سحنون هذا فيها على قياس أحد قولي ابن القاسم في رسم استأذن، من سماع عيسى من كتاب الأقضية، ثم قال ابن رشد بعد التكلم على توجيه قول ابن القاسم وقول سحنون: وهذا كله إذا جهل^٦ أمر الشيء الذي وجد، وأما إذا ثبت أنه للبائع، أو لمن ورثه البائع منه، فلا خلاف أن ذلك للبائع، وكذلك ما وجدته أحد الورثة في

^١ في ت (المشتري) .

^٢ سقط من ب قوله (جزافاً) .

^٣ سقط من خ ١ قوله (على عدم الإحاطة أجاز ذلك) .

^٤ سقط من ت قوله (وليس) .

^٥ (فإن كان في الدار المباعة ... ولا المبتاع) سقط ذلك من ت، خ ١ .

^٦ سقط من ت قوله (جهل) .

باع حجرا يظنه زبرجدة وظنه المشتري ياقوته فالبيع لازم للبائع، ولو شاء لتثبت فيه لنفسه(13).

وفي سماع أبي زيد(14) أن من اشترى ياقوته يظنها كذلك ولا يعلمها البائع ولا المشتري فإذا هي غير ياقوته، أو قرطا يظنه ذهباً فإذا هو نحاس مموه بالذهب أن البيع يرد في الوجهين جميعاً. قال ابن رشد: وهذا إذا سماه بغير اسمه، وأما إذا سماه باسم يصلح له على كل حال كأن يقول البائع: أبيعك هذا الحجر، أو يقول المشتري: بعني هذا الحجر فيبيعه البائع وهو يظنه أنه غير ياقوته، فإذا هو ياقوته، أو يشتريه المشتري وهو يظنه ياقوته فإذا هو غير ياقوته^١، فهذا بيع المكايسة، واختلف هل يرجع بالغلط فيه أم لا؟ بخلاف بيع المراجعة فإنه يرجع فيه بالغلط اتفاقاً، واختلف هل يرجع إذا أنجز أحدهما للآخر ولم يصرح؛ كأن يقول المشتري لرجل بيده ثوب مصبوغ بصبغ الهروي بكم هذا الهروي فيقول له: بكذا، فيشتريه منه، ثم يتبين له أنه ليس بهروي، وإنما صبغ بصبغ الهروي^٢. قال ابن رشد: فإن اشترى قرطا يظنه ذهباً فإذا هو نحاس مغسول بالذهب على صبغ أقرط الذهب، فلا خلاف أن له رده. انظر سماع أشهب في رسم الأقضية من جامع البيوع(15).

فإن كان المقال بحاله إلا أن المشتري اختلف مع البائع فيما هو مقلوع وهو بالدار، ولم يقع عليه تنصيب في عقد البيع، هل هو داخل في المبيع أو ليس بداخل، قلت: كل ما هو مقلوع بالدار المبيعة لا يدخل في المبيع إلا بنص عليه، ولو كان معداً لإصلاح الدار أو لبناء ما انهدم منها فذلك للبائع حتى ينص عليه المشتري، واختلف في السلم، فقال ابن حبيب: يدخل في المبيع وكذلك عند ابن زرب، واستدل بقول الموثقين بجميع منافعها ومراقفها، والسلم من المنافع. وقال ابن عتاب: لا يدخل إلا باشتراطه، أو يكون مبنياً فيدخل من غير اشتراط. وقال بعض الأندلسيين: إن كان مسنداً إلى علو لا يطلع إليه إلا به فهو كالدرج يدخل، وإلا فلا يدخل^٣، وكذلك اختلف في حجر الأرحى المبنية فقال ابن القصار: الأسفل للمشتري، والأعلى للبائع، ومثله في وثائق ابن العطار(16). وقال ابن عتاب: الأعلى والأسفل للمشتري. وكذلك اختلف في أجباح النحل تكون في الدار المبيعة، وكذلك الحمام في الأبراج، فما كان من الأجباح مطروحاً في الدار فهو للبائع،

^١ (فإذا هو ياقوته ... فإذا هو غير ياقوته) .

^٢ في ب (إذا قال) وفي خ (إذا أقر) .

^٣ (بكم هذا الهروي ... صبغ بصبغ الهروي) .

^٤ سقط من ب قوله (وإلا فلا يدخل) .

بمسألة المشتري من الوظيف^١ ولم يبين إن كان ممن يليق به ذلك، أم لا. وقيل لا يمين والبيئة تقطع اليمين على المبتاع^٢. قاله في الحديرية.

قلت: وفي قولهم إن البيئة تقطع اليمين أن ذلك لا يخلو من أمرين: إما أن يدعي ذلك مع سقوط لفظة لا شرط ولا ثنيا، ولا خيار من وثيقة التبايع، أو مع ثبوتها مسجلة، فإن ادعاه مع إسقاطه وجبت اليمين، وإن ادعاه مع وجوده فلا يمين، وإن ادعى أحدهما أنهما اتفقا على جعل ذلك سمعة في الظاهر فاليمين لاحقة، وإن أقر المدعى عليه بذلك وادعى إسقاطهما إياه عند الكتب محتجا بثبوت اللفظة فهل يصير القول قول مدعى الشرط أم لا؟ فتدبره.

قلت: وعلى ماذا يحمل المدعى عليه عند من يعتبر حاله؟ هل على الحالة المرضية فلا تجب اليمين حتى يعرف غيرها؟ أو على غيرها فتجب؟ انظر تنبيهات عياض^(١١) في المجهول الحال^٣ أن اليمين تلحقه.

قلت: وقد اختلف الحكم عند مالك في الشروط التي تكون في البيع فمنها ما يصح البيع ويبطل الشرط، وهي البيع على أن لا جائحة^(١٢)، والبيع على أن لا عهدة، والبيع على أن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا، ومنها ما يفسخ البيع إلا أن يسقط مشروط الشرط شرطه، وهي البيع على أن لا يتخذها أم ولد، وعلى أن لا يخرجها من بلد كذا، أو على أن لا يبيع، ولا يهب، أو على أنه إن أتى بالثمن فهو أحق بها، والبيع مع السلف.

فإن كان المقال بحاله إلا أن أحدهما يدعي الجهل بالمبيع، فإن ادعى أحدهما الجهل بالمبيع، وادعى الآخر معرفته به، وكان في وثيقة تبايعهما إشهداهما بمعرفة قدر المبيع^٤، وصفاته، وكيفيته، فلا قيام له بذلك، ولا يمين على الآخر، وكذلك إن لم يكن فيها ذلك، إلا أن يدعي أن صاحبه علم بجهله فتلزمه اليمين فيحلف على تكذيبه؛ فإن نكل حلف الآخر، وفسخ البيع بينهما. هذا في الأصول، وإن كان المبيع عرضا فقولان: قال في العتبية في سماع أشهب فيمن باع ثوبا يظنه قطنا فلما ملكه المشتري قال: هذا من خز، فقال البائع: لو علمت أنه من خز ما بعته بذلك الثمن، أو

^١ في ب، ت، خ، ١، س (المشترى من الوظيف).

^٢ سقط من ت قوله (على المبتاع).

^٣ سقط من ب قوله (الحال).

^٤ في ت، س (البيع).

للمشتري، فإن لم يكن له في ذلك مدفع رد المبيع لبائعه، هذا هو المشهور من المذهب إذا لم يفت المبيع، واختلف بماذا يفوت؛ فقال مالك: الغرس والبناء مما يفيتها، ويردان فيها إلى قيمتها يوم قبضها. وقال ابن القاسم: طول الزمان في ذلك عندي ليس بفوت؛ لاختلاف الأسواق إلا أن يطول جدا مثل العشرين، وما فوقها. قال ابن رشد: هذا من ابن القاسم يدل على أنه بيع فاسد مثل قول مالك في سماع أشهب، خلاف قول عبد الملك، وسحنون إنه سلف جر نفعا. انظر سماع أصبغ من جامع البيوع (4).

فإن كانت المسألة بحالها^١ إلا أنه حين رده إليه قال له البائع: ترد علي غلة هذه المدة الماضية، فقال له المشتري: لا يلزمني غلة، قلت: لا تلزمه غلة على مذهب ابن القاسم الذي يقول حكمه حكم البيع الفاسد، وهو المشهور، وبه الفتوى، وعلى قول عبد الملك، وسحنون أن الغلة للبائع؛ لأن حكمه عندهما^٢ حكم الرهن الفاسد.

قلت: فإن كانت الثنيا على وجه التطوع من المشتري لمدة مقدرة معلومة فبنا المشتري في المبيع قبل انقضاء الأجل المتطوع إليه، فقال ابن رشد رحمه الله: له قيمة بنيانه منقوضا لتعديده، وكذلك الحكم إذا بنا البائع فيها بنيانا والخيار للمشتري، أو بنى المشتري والخيار للبائع فالحكم واحد.

قلت: فإذا مات من تطوع له بالثنيا هل تورث عنه أم لا؟ فمن قول أبي محمد صالح (5) في خيار المدونة: والخيار يورث عن الميت أنها تورث (6)، وابن دحون (7) مستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم (من مات عن حق فلورثته) (8)، وبمثله قال الشيخ أبو إبراهيم (9)، وخالفهم غيرهم، وفي العتبية ما يدل على القولين معا. والصحيح الأول.

فإن لم تقم للبائع بينة بشرط الثنيا هل تجب يمين على المشتري أم لا؟ قلت: قيل تجب عليه اليمين لما جرى عليه من عادة الناس، وهو المختار. وقيل إن كان المدعى عليه من أهل المعاملة بمثل ذلك لحقته، وإلا فلا، وقيل تلحق مطلقا، وهو شاذ. وفي نوازل ابن سهل (10) لحوقها ونظرها

^١ سقط من ب، ت، خ، س قوله (فإن كانت المسألة بحالها).

^٢ (حكم البيع الفاسد... لأن حكمه عندهما) سقط ذلك من خ، ٢.

نوع آخر

في البيوع بأنواعها وإقرارها وإنكارها

دعوى في شراء دار: تقول قال فلان بن فلان الفلاني: إنه اشترى من فلان بن فلان الفلاني جميع الدار التي بحومة كذا من مدينة كذا المتصلة بكذا، بكذا وكذا دينارا من سكة كذا دفعها للبائع المذكور، فقبضها منه وأبرأه من مقبوضه فبرئ^(١)، وملكه الدار المذكورة تملكا تاما على السنة في ذلك، والمرجع بالدرك^(٢) بعد التقلب والرضا كما يجب^٣، فحضر فلان المدعى عليه المذكور، ووافق المدعي المذكور على بيع الدار المذكورة بالثمن المذكور، وأنكر أن يكون قبض منه الثمن الذي وقع به التبائع المذكور إنكارا كلياً، فحكمها أن يكلف المشتري المذكور البينة على دفع الثمن المذكور، فإن أثبتتها أعذر فيها للبائع المذكور، وأجل في إثبات ما ادعاه على ما مضى في الآجال، فإن لم يكن عند البائع فيها مدفع برئ المشتري من الثمن، وإن كان^٤ عنده فيها مدفع تأجل في إثباته، فإن عجز عن المدفع عجزه القاضي لعجزه، وحكم عليه بإبطال دعواه، وإن قال لا بينة لي تشهد بدفع الثمن للبائع؛ فقال ابن دبوس: قال ابن حبيب: البائع مصدق في عدم القبض، وإن افترقا ما لم يطل فإن مضى عام أو عامان فالقول قول المبتاع، ويحلف، وليس يباع مثل هذا على التقاضي، ثم قال: وإن قام بعد طول مثل عشرة أعوام^٥ فأقل مما لا يتبايع الناس إلى مثله صدق المبتاع، وحلف، قاله مطرف، وابن الماجشون، وروياه عن مالك. وقال ابن القاسم: القول قول البائع ولو بعد عشرين سنة، قال ابن حبيب: وبالأول أقول، ثم قال: والأصل في ذلك راجع إلى العرف، قلت: وهو المرتضى عند ابن يونس أنه ينصرف إلى عرف البلد.

فإن كانت المسألة بحالها إلا أن المدعى عليه البيع حين حضر قال: إنما كان البيع بيننا بيع ثنيا^(٣) واعترف بقبض الثمن، قلت: يكلف البائع المذكور إثبات ذلك، فإن أثبتته فيعذر في ذلك

^١ (بالدرك) هكذا في ت، خ، ١، س وهي ساقطة من ب أما في خ ٢ فهي (بالدر).

^٢ (بعد التقلب والرضا كما يجب) سقط ذلك من ب، ت، خ، ١، س.

^٣ في خ ١ (وإن لم يكن).

^٤ في ت (أيام).

الذي استحسنه اللخمي. وأما إرضاع الرجل فقال مالك: يحرم، وروى عنه أهل المدينة من أصحابه كراهية نكاحها، وقال ابن اللباد: (16) إنه يحرم. قال اللخمي: وإليه ذهب شيوخنا، فإن صب اللبن في حلق الصبي في الحولين قبل الفطام فحكمه حكم الرضاع في جميع وجوهه^١.

^١ في س (وجوبه) .

النوع الآخر في الرضاع

قلت: إذا قامت بكر عقد عليها أبوها النكاح مع رجل ادعت أنها اجتمعت معه على ثدي واحد في حولي رضاعهما، وقالت أخبرت بذلك، وصح عندي حين عقلت، واعتقدته، وأنكر الزوج أن يكون عنده علم من ذلك، وأكذب دعواها، ولم يصدقها، وزعمت أن لها بينة على ذلك كلفت إثباتها، فإذا أثبتتها أعذر فيها للزوج كما تقدم في الإعذار، فإن ادعى مدفعا أجل فيه، فإن عجز قضي بينهما بالفسخ ولا شيء لها.

فإن شهدت امرأة واحدة، وفشا ذلك من قول المرأة كتبت وثيقة بالسماع الفاشي بذلك أن فلانة بنت فلان الفلاني أرضعت فلانة بنت فلان الفلاني وفلان بن فلان الفلاني، وتبني على ما تقدم في الحكم من آجال، وإثبات، وإعذار، فإن كان^١ ذلك قبل البناء وقع الفسخ، ولا شيء للزوجة من الصداق لكونه قبل البناء، وإن شهدت امرأتان بالرضاع مع الفشو حكم بذلك على ما تقدم، وبهذا القول العمل.

فإن كان قام محتسب (13) به قبل الدخول، وقال الزوجان: لا علم عندنا بذلك، كلف إثبات ذلك على ما يجب بقطع، أو سماع فاش (14)، وأعذر فيه للزوجين إن لم يصدقا، وحكم بفسخ العقد المذكور، فإن كان بعد البناء كان لها الصداق المسمى.

فإن كان بإقرار من الزوج دون الزوجة وجب الفسخ؛ لأن الطلاق بيده دونها، ولزمه الصداق كاملا إن كان بعد البناء، أو نصفه إن كان قبل البناء؛ لأنه يتهم أن يصرف الطلاق إلى الإقرار؛ فإن كانت المرأة عالمة وثبت ذلك فلا شيء لها قبل البناء ولا بعده؛ لأنها غارة يرجع عليها بما قبضت. انظر ما يلزمها في تمكينها من الوطء وهي عالمة أنه لا يباح له وطؤها.

قلت: فإن فطم الرضيع من الرضاع قبل الحولين واستغنى بالطعام عن الرضاع، ثم أرضعته امرأة، فقال ابن القاسم: لا يحرم، وقال مطرف وأصبع: يحرم، وقال ابن القاسم أيضا: يحرم إن أرضعته بقرب انقطاعه بيوم أو يومين، فإن زاد على الحولين وأرضعته في الزيادة فأربعة أقوال مرتبة على الزيادة اليسيرة كنقصان الشهر، ونحوه الشهر والشهران للمدونة (15)، والثلاثة الأشهر للمختصر، وهو

^١ سقط من ت قوله (كان) .

قريب^١ تنقطع معرفة حال الولد منه لقلّة التصرف فيما بين الموضعين، فيكون له حكم البعيد. انظر اللخمي. وقال ابن الحاجب: ستة برد. قال صاحب التوضيح: (10) هو المشهور، وبه العمل. وطريقة ابن رشد رحمه الله تعالى في نقل من تجب له الحضانة، قال: لا خلاف أن الأم أحق من الأب لقوله عليه السلام (أنت أحق من أبيه ما لم تنكحي) (11)، وأن أم الأم بمنزلتها، واختلف في الأب هل هو أحق من قرابة الأم سوى أمها؛ لأن أمها أمّ أم لا؟ على قولين: أشهرهما أنهن أحق منه، واختلف فيه أيضا هل هو أحق من قرابته من النساء أم لا؟ على قولين: قيل هو أحق منهن؛ لأنهن إنما يدلّين به، والثاني أنهن أحق منه؛ لأنهن وإن كنّ يدلّين به، فهو لا يختص بنفسه، بل يستنيب في الحضانة غيره، وروى ابن القاسم أن بعض قرابته وهي أمه أحق منه، وهو أحق من سائرهن، واختلف في الأب بعد الإجماع على أن الأم أحق منه على أربعة أقوال: أحدها أنه أحق من قرابته وقرابة الأم. الثاني أن قرابته وقرابة الأم أحق منه. الثالث أن قرابة الأم أحق منه وهو أحق من قرابته. الرابع أن قرابة الأم وبعض قرابته أحق منه، وهو أحق من بعض قرابته، فإن لم يكن أم ولا أب فلا خلاف في أن قرابة الأم أحق من قرابة الأب، ثم قال ابن رشد رحمه الله: يستحق النساء الحضانة بوصفين؛ أن يكنّ ذوات رحم من المحضون، وأن يكنّ من المحرمات عليه، فإن كنّ ذوات رحم ولم يكنّ محرمات عليه كبنات الخالات وبنات العمات فلا حضانة لهن (12).

^١ في خ (بعيد)

^٢ في ب ، ت (كان لأمها) وفي خ (إن كان لأمها) .

^٣ في ب (فإن لم يكن) .

فصل: في ترتيب الحضانة بين الحاضنين، فالأم أحق بها من غيرها، ثم أمها، ثم أختها، ثم أم الأب، ثم الأب^١، ثم أخت المحضون، ثم عمته، ثم بنت أخيه، ثم إلى العصة وقد نظمها بعضهم: جدة لأم ثم خالته ثم الأب بعد أم أبيه
ثم من بعد أخته ثم أخت الأب والحق لابنة الأخ فيه
ثم من بعد هؤلاء جميعا الخيار الثقات من عاصبيه
فإن اجتمعت بنت الأخ، وبنت الأخت في منزلة واحدة، فالقياس نظر السلطان في ذلك، وقضى به، لأكفئهما، وأحرزهما، فإن لم^٢ تكونا أو كانتا ولكن متزوجتين لأجنبيين، أو كانت إحداهما وهي كذلك رجعت إلى العصة، ولا حضانة لبنات العمات، ولا لبنات الخالات؛ لأنهن غير ذوات محرم من المحضون، وفي بنات الإخوة والأخوات المذكورات خلاف، أعني في تقديم بعضهن على بعض، أو مساواتهن؛ ثلاثة أقوال: الأول بنات الإخوة أحق^٣. الثاني بنات الأخوات أحق. الثالث هما سواء، وينظر السلطان في ذلك. وأما العصة فأحقهم الأخ، ثم الجد، ثم ابن الأخ وإن سفل، ثم العم، ثم أبو الجد وإن علا، ثم عمه، ثم عم العم، ثم ابنه على هذا الترتيب، كذا نقل من كتاب محمد بن المواز. ومرتبة الحضانة في العصة ليست على ترتيب ميراثهم؛ لا بالنسب، ولا بالسبب، ولا على الصلة عليهم.

فصل: في أن رحيل الحاضنة من بلد المحضون إلى بلد بعيد يسقط حضانتها، فإن كان قريبا لم تسقط حضانتها، واختلف في حد القرب والبعد؛ فقال في المدونة: البريد ونحوه قريب^(٩). وقال أشهب: ثلاثة برد بعيد، وقال مالك: مسيرة يوم قريب، وقال مرة حد البعد مرحلتان، وقال أيضا إذا كان موضعا لا ينقطع خبرهم منه فهو قريب من غير أن يحده بأميال، وجعله اللخمي أبين فقال: قرب بعيد لا ينقطع خبر الولد عن أبيه، ولا استعلام حالهم لكثرة تردد أهله بين الموضعين، ورب

^١ سقط من خ ١ قوله (ثم الأب) .

^٢ سقط من خ ٢ قوله (لم) .

^٣ سقط من خ ١ قوله (أحق) .

^٤ سقط من خ ١ قوله (إلى بلد بعيد) .

بما يقدر عليه، أو لم يجد أحداً، فإنه يقال للأم في العدم: أرضع به بما يقدر عليه، أو أسلمه إلى أبيه، إلا أن لا يقبل الولد غيرها، أو لا يجد الأب من يرضعه دون شيء، فإنها تجبر على إرضاعه باطلاً، أو بالقليل إن وجد الأب. وقال بعض الشيوخ: اختلف قول مالك إذا وجد الأب من يرضعه له باطلاً، أو بدون ما يساوي رضاعه، فله في المدونة أن من حق الأم أن ترضعه بأجرة مثلها(6)، فقل إن ذلك من أجل حقها في حضانتها^١، وقيل إن ذلك من أجل رفقتها به في إرضاعه، وأن لبنها أبرك له، وأنفع على ما روي، أن ما من لبن يرضع به الصبي أعظم بركة عليه من لبن أمه، فمن علل ذلك بحقها في الحضانة يقول: إن الأب إذا وجد من يرضعه له غيرها باطلاً، أو بما دون أجرة المثل لم يكن لها حجة، ومن علل بالعلة الأخرى فحجبتها باقية.

فإن ادعى الأب على زوجته المطلقة أنها تزوجت بفلان، ودخل بها، وسقطت بذلك حضانتها في ولدها منه فلان وهو أولى منها به فحضرت المرأة المطلقة المذكورة، ووافقت على تزوجها، وعلى بقائها مع زوجها، وقالت: أنا أحق بحضانة ولدي؛ لأن والده لا أهل له، فحكمها أن الأب إذا أقر بأنه لا أهل له سقطت بذلك حضانتها، وكان عليه أن ينفق على ولده عند أمه، وإن قال لي أهل زوجة، أو سرية، أو أم ولد أمر بإثبات ذلك، وأعذر للمفارقة في بينته، فإن دفعته بقيت على حضانتها، وإن عجزت أخذ الولد منها، إلا أن يتعلق بها كما تقدم.

قلت: واختلف في تزويج الحاضنة إذا تزوجت، ودخل بها زوجها، قيل تسقط حضانتها جملة، وهو ظاهر المدونة(7). وقيل إنما تسقط في حق من كان حاضناً للولد في حال تزويجها، وقيل إنما تسقط في حال تزويجها^٢، فإذا طلقها الزوج، أو مات عنها عادت إليها، ورجعت في ولدها، فوجه القول الأول أنها تسقط جملة لا تعود إليها أبداً، ولو مات الحاضن للولد وهي فارغة من زوج بموت أو طلاق، ووجه القول الثاني بسقوطها في حق الحاضن للولد حال تزويجها، يقول لا تعود الحضانة إليها ما دامت حضانة ذلك الحاضن، ولو طلقها أو مات عنها زوجها، ووجه القول الثالث بسقوطها حال تزويجها خاصة، وإن تأيمت فلها أن تأخذ ولدها، وهذه الأقوال الثلاثة مبنية على أن الحضانة من حق الحاضن وهو الذي عليه العمل(8).

^١ سقط من خ ٢ قوله (في حضانتها) .

^٢ سقط من خ ٢ قوله (في حال تزويجها) .

قال المتيطي: إذا كان المحضون ذكراً، وأما الأنثى فليس بينه وبينها محرم، وقيل العصبه أحق،
قوله في سماع أصبغ من طلاق السنة (2).

واختلف في الحضانة هل هي حق للحاضن؟ وهو المشهور، وله تركها، وطلبها، وأخذ الفرض على
المحضون رضي بذلك والده أم لا، إلا أن يتعلق بمن هو بيده، ويخاف على عقله بعد الاختبار،
فيبقى المحضون بيد من تعلق به، وعلى القول بأنها للحاضن فله تسليمها، وتركها بعوض وبغير
عوض، وقيل هي من حق المحضون، وهو شاذ، ولابن محرز، هي من حقهما معا. وهو الصحيح
عنده.

وكراء سكناه مع الحاضنة يجري على ثلاثة أقوال: يلزم الأب، وهو مذهب المدونة في الأكرية
منها، وهو المشهور، وبه العمل (3). وقيل على الأب السكنى بقدر ما ينوبه من البيت بناء على أن
الحضانة من حقهما معا، قاله في الدميائية (4). وقال ابن القاسم وابن وهب: لا سكنى على الأب،
وقال يحيى بن عمر: السكنى على الجميع^١. وقال المتيطي: وروي أن لا شيء على الأم إذا كان
الأب موسراً. وقال سحنون: ذلك عليهما^٢. وليس يكون بينهما نصفين ولكن على قدر ما يرى
ويجتهد.

فإن كان الولد رضيعاً فلا يخلو الولد إما أن يكون له مال، أو لا مال له، وإذا لم يكن له مال إما أن
يكون للولد أب، أو لا أب له، فإن كان للولد مال فأجرة رضاعها في مال ولدها أجرة المثل التي لا
حيف فيها على الولد، وإن لم يكن له مال وله أب فرض لها أجرة رضاعها في مال الأب. قال
المتيطي: فإن اختلفا في أجرة الرضاع؛ فكان بعض شيوخنا يفتى في ذلك إذا كان الأب موسراً
فرض لها ما يليق بالأب، فإن لم ترض الأم بما فرض لها كان للأب أخذ ولده منها، إلا أن لا يقبل
غيرها، فإنها تجبر على إرضاعه بأجرة مثلها، فإن رضيت هي بما فرض لها في حال يسر الأب، وقال
الأب وجدت من يرضعه بأقل من تلك الأجرة، أو باطلا (5) فهل له أخذه منها إن أبت إرضاعه على
أقل من ذلك؟ قال: فيه قولان: أحدهما أن له أخذه، والثاني أنه لا يأخذه منها، ولها أن ترضعه
بأجرة مثلها، بخلاف أن لو كان الأب عديماً لا يقدر على شيء، ووجد من يرضع له ابنه باطلاً، أو

^١ في ب، ت، خ، ١، س (الجامع).

^٢ في ت (عليه).

النوع الآخر في الحضانة

قامت امرأة مشتكية بين يدي القاضي، وقالت: إنها فلانة بنت فلان الفلاني وإن ابنتها فلانة بنت فلان الفلاني توفيت، وخلفت بنين صغاراً في كفالة والدهم فلان بن فلان الفلاني وإنها أيم لا زوج لها، وقادرة على القيام بأولادها، وإنها أحق بحضانتهم، فحضر والد الأولاد فلان المذكور ووافق على ذلك، وادعى أنه شقيق عليهم، ومتعلق بالبال بهم إن حملتهم لغير داره، ورغب منها أن تكون معه في داره، فأبت من ذلك، وطلبت البينونة بهم لدار سكنها، وطلبت من القاضي أعزه الله تعالى النظر لها، فأجابها إلى ذلك دون الأب، وأعذر إليه، فلم يكن عنده مدفع في ذلك، فقبضتهم، وبانت بهم، وطلبت الغرض عليهم من أبيهم، فأمر أعزه الله تعالى^١ الفارض أن يتثبت في ذلك، ويأخذ فيه مع من يظن به علم ذلك، فيفرض لهم في مالهم إن كان لهم مال، أو في مال والدهم إن لم يكن للأولاد مال كذا في الشهر من الطعام، وكذا من اللحم، وكذا من الدراهم عن ضرورياتهم، فلما فرض الفارض ذلك، وطولع به القاضي، ورآه مما يشبه أمر والد الأولاد بدفع ذلك كله للجدة المذكورة، فقبضته منه قبضاً تاماً، ثم تكمّل الإشهاد في التسجيل المذكور على القاضي، ووالد الأولاد والجدة.

قلت: فإن كانت أم الأولاد حية، وسقطت حضانتها، وطلب والدهم ألا تسكن الجدة^٢ مع ابنتها في دار واحدة هل له في ذلك مقال أم لا؟

قلت: قال ابن هشام: في كتاب ابن المواز ليس لها أن تحضنهم مع أمهم، وبه أفتى ابن العواد (١). وقال سحنون: لا مقال له، وتبقى ساكنة مع ابنتها.

قلت: ومراتب الحضانة، قال ابن سهل: مراتبها قبل الأب أربعة، وبعده أربعة، فالتّي قبله الأم، ثم الجدة للأم، ثم الخالة، ثم الجدة للأب، والتي بعده الأخت، ثم العمّة، ثم ابنة الأخ، ثم العصبّة، ثم قال: وإذا كان للحاضنة ولد بالغ لم تسقط حضانتها بذلك، ولكن تؤمر بالتحفظ للمحضون، ثم قال: والوصي أولى بحضانة الأيتام من العصبّة إذا كان مأموناً، قاله أصبغ. ولمالك في الموازية خلافه.

^١ (النظر لها ... فأمر أعزه الله تعالى) سقط ذلك من خ ٢ .

^٢ سقط من خ ١ قوله (الجدة)

عليه في عرسه مما لابد منه أم لا؟ قال الزرويلي في أجوبته: (23) يرجع عليه ويحاسبه به، ولا ينقص له من عرس مثله شيئاً كان المحجور ذكراً أو أنثى .

وأما من طاع بالنفقة لرجل إحساناً إليه، ثم طلب منه الكسوة، فقال المتطوع: إنما أردت المطعم وحده، هذا لا شيء يلزمه عندي، واستدل على ذلك بأدلة بينة فانظرها فيه.

وأما طلب أحد الأبوين ولده بالإنفاق عليه فلا بد من إثبات عدم الأب، أو الأم الطالب بذلك، فإذا ثبت فلا يمين على المثبت، قاله صاحب الطرر (18)، والولد المطلوب لا يخلو: إما أن يكون حاضراً، أو غائباً، فإن كان الولد حاضراً فلا يخلو حال الحاضر: إما أن يكون متحداً، أو متعدداً، فإن كان متعدداً وقال بعضهم لا مال لي، وأنا عديم، والفرض إنما يكون على الأملياء، فعلى مدع العدم الإثبات، فمن ثبت عدمه فلا فرض عليه، ومن لم يثبت عدمه فرض عليه على السواء: ذكورا كانوا أو إناثاً، أو ذكورا وإناثاً^١. قاله ابن زرب (19).

قلت: وهل يحمل الولد على الملاء أو على العدم؟ فابن زرب حمله على الملاء، وكذلك ابن العطار، وخالفهما في ذلك ابن الهندي (20)، والذي جرى عليه العمل أنه يحمل على الملاء، ويلزم بالنفقة على أبيه إن ثبت عدم الأب، فإن ادعى الابن العدم كلف الأب إثبات يسر الابن على قول ابن الهندي^٢.

قلت: فإذا دفع الرجل لزوجته نفقة سنة وكسوتها، ثم مات أحدهما بعد أيام أو شهر أو شهرين من يوم الدفع هل يرجع على الزوجة أو على ورثتها بحساب ما بقي من السنة أم لا؟ قلت: قال مالك في كتاب القذف من المدونة: ترد الزوجة بقدر بقية السنة من النفقة، واستحسن أن لا ترد الكسوة إذا مات أحدهما بعد الشهر، ولا تتبع المرأة بشيء منها. وقال ابن القاسم: إذا ماتت بعد عشرة أيام^٣ ونحوها فهذا قريب (21).

فإن أنفق الوصي على محجوره نفقة تشبه (22)، وطلب محجوره بها، هل يأخذها بيمين أو بغير يمين؟ قال أبو عمران: له ذلك من غير يمين. قال عياض: لا بد من اليمين، وهل يحاسبه بما أنفق

^١ سقط من خ ٢ قوله (أو ذكورا وإناثاً).

^٢ (والذي جرى ... قول ابن الهندي) سقط ذلك من خ ٢.

^٣ سقط من خ ٢ قوله (أيام).

كان الزوج حراً وجبت عليه، وإلا فلا. الخامس إن باتت عنده وجبت عليه، وإلا فلا. السادس إن كانت تأتيه إلى داره وجبت عليه، وإن كان يأتيها إلى دار سيدها لم تجب عليه، وهذا كله إذا لم يكن بين الزوج وسيدها شرط، فإن شرطها الزوج على سيدها ففي كتاب محمد يفسخ النكاح لمكان الشرط. وقال أبو مصعب: (16) ذلك جائز.

قلت: وما تقدم ذكره من فرض النفقة قال ابن دبوس: هو موكل إلى اجتهاد السلطان في الذي يفرضه الفارض، هل طعاماً، قلت: هذه طريقة عياض، أو دراهم، هذه طريقة ابن رشد، أو الطعام طعاماً، وأثمان غيره دراهم، واختاره بعض المتأخرين. قلت: الذي لا حيف فيه^١ على الزوجين ما اختاره المتأخرون من فرض الطعام طعاماً وأثمان غيره دراهم، وعليه جرى الحكم عندنا. فإذا فرض لها الفارض ما ذكر من الطعام^٢، وأثمان غيره من الضروريات بما أداه إليه اجتهاده، وطلبت الزوجة أن يدفع إليها نفقة مدة طويلة؛ لأنه أرفق بها، وقال هو لا أدفع إلا يوماً بيوم. قال سحنون: يجري عليها بقدر ما يراه القاضي، فمن الناس من يجري عليها يوماً بيوم، ومن الناس من يجري عليها شهراً بشهر، وأجاز ابن القاسم أن يجري نفقة سنة، ولم ير ذلك سحنون، وقال: السنة تختلف الأسواق فيها، ثم قال: إن كان الزوج موسراً فثلاثة أشهر أو أربعة، وإن كان متوسطاً فالشهر والشهران، وإن كان ذو صنعة فالشهر، فإن لم يقدر فعلى ما يراه الإمام من حاله، وأما الكسوة فمرتان في السنة: مرة في الشتاء، ومرة في الصيف، وكذلك الفراش، فإن طلبته بحميل لها؛ فقال في الكتاب: لا يلزمه ذلك وإن أراد سفراً، إلا أنه يفرض لها بقدر سفره فيدفعه لها^٣، ولا يقيم لها حميلاً. وأما إذا التزم رجل عن رجل نفقة لمدة معلومة فطلبت بالكسوة هل تلزمه كسوة أم لا؟ قلت: قال ابن سهل عن ابن زرب: نزلت هذه المسألة فشغلت بالي بها مدة، ثم ظهر لي أن عليه الكسوة، والحجة لذلك قوله تعالى [وَأِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ] (17) فأجمع أهل العلم على أنه ينفق عليها ويكسوها فالكسوة داخلة في الإنفاق، وقال ابن سهل: في هذا نظر، وإنما هذا في كل نفقة تلزم ويحكم بها كنفقة الزوجات، والآباء، والأمهات، والبنين، والعبيد،

^١ (الرابع إن كان ... وإلا فلا) سقط ذلك من ب.

^٢ سقط من خ قوله (فيه).

^٣ سقط من ت قوله (من الطعام).

^٤ (لا يلزمه ذلك ... فيدفعه لها) سقط ذلك من خ ١.

قاله ابن أبي زيد، وابن حارث، ونظرها بمن كانت تحته زوجة اسمها عائشة، وقال طلقت زوجتي عائشة، وادعى أن له زوجة غيرها اسمها عائشة ببلد نائية، أنه تطلق عليه الحاضرة، فإن أثبت أن له زوجة أخرى^١ بذلك الاسم ردت هذه إليه، ولابن رشد في الحديرية (١٥) لا ترد هذه؛ لأنه حكم مضي، فإن كان الغائب خلف نفقة، ولا يعلم له مكان، فهذا هو المفقود، وهو القسم الخامس من^٢ أقسام الغيب التي تقدم ذكرها.

فإن ادعى الزوج قلة ذات اليد، فأقرت الزوجة له بذلك، فرض لها فرض مقل، وإن أنكرت كلف إثبات ذلك، ونص ما يثبت به. يعرفه شهوده فلان بن فلان الفلاني ويعرفونه ضعيف الحال بادي الإقلال مقدورا عليه في رزقه، بهذه الحالة عرفوه، وعليها خبروه، ولم ينتقل إلى حالة سواها حتى الآن في علمهم، فإذا ثبت أعذر فيه للزوجة، فإن عجزت عن المدفع حلف على صحة ما شهد له به، وفرض عليه بقدر ذلك، بعد أن تذكر الإعدار، والتعجيز^٣ في التسجيل.

فإن ادعى أنه لا مال له، وأقرت له الزوجة بذلك، ولم تصبر على ذلك، ودعت إلى النظر لها، أجل شهرا، فإن وجد ما ينفق خلال الأجل، وإلا طلقت عليه، وتكتب في ذلك دون يمين تلزمه لإقرار الزوجة له بذلك، فإن أكذبه في دعواه العدم كلف إثباته، وأعذر إليها في شهوده، فإن عجزت حلف وأجل في النفقة والكسوة شهرا، فإن وجد ما ينفق عليها خلال التأجيل، بطل حكم العدم، وإن لم يجد أمر بطلاقها طليقة واحدة يملك بها رجعتها إن أيسر في عدتها، فإن لم يطلق طلقت عليه طليقة رجعية، ويفرض على الذي تباح له الرجعة نفقة الشهر، وما تستوجب فيه من الكسوة والغطاء، هذا هو المختار. وقيل إنما ذلك فيمن كان يفرض عليه في حال العصمة نفقة الشهر، وأما من كان يفرض عليه بالأيام فيفرض عليه بالأيام.

وأما نفقة الزوجة إن كانت أمة، وطلبت زوجها بها؛ فقال ابن دبوس: اختلف فيها على أقوال:
الأول منها أن النفقة تجب عليه جملة من غير تفصيل، وإليه رجع ابن القاسم، وبه أخذ. الثاني لا نفقة لها عليه جملة من غير تفصيل أيضا. الثالث إن تبوأ معه بيتا وجبت لها، وإلا فلا. الرابع إن

^١ سقط من خ ١ قوله (أخرى) .

^٢ سقط من ب قوله (من) .

^٣ سقط من خ ٢ قوله (والتعجيز) .

وأما القسم الثاني: وهو إذا غاب وعليه لزوجته شرط المغيب، فهي في هذا القسم مخيرة بين أن تقوم عند القاضي بعدم النفقة^١، أو تقوم بالشرط، وهو أيسر عليها لوجوب ضرب الأجل، وكلفت اليمين إن كانت غير مصدقة في شرط المغيب.

وأما القسم الثالث: وهو إذا غاب، وتخلف نفقة، وعليه لزوجته شرط المغيب فهذه ليس لها إلا أن تقوم بشرط المغيب خاصة، وسواء كان في هذه الأوجه الثلاثة المذكورة قريب الغيبة، أو بعيدها إلا أنه في القربة يكتب إليه مع الإعذار على ما تقدم.

وأما القسم الرابع: وهو غائب لم يخلف نفقة، ولا شرط عليه، وهو مع ذلك معلوم المكان، فهذا يكتب إليه؛ فإن قدم فلا إشكال، وإن لم يقدم وبعث إليها بنفقة، وعلم منه الإضرار في مغيبه عنها في حقها من الاستمتاع به، بعث إليه بها^٢ إن أمكن ذلك. قال في إيلاء المدونة: وقد كتب عمر بن عبد العزيز (١٠) إلى قوم غابوا بخراسان وخلفوا نساءهم: إما أن تقدموا، أو يرحل نساؤكم إليكم، أو تطلقوا. قال ابن يونس: قال مالك: وذلك رأيي. وأرى أن يقضى بذلك. وقال في الوثائق المجموعة (١١) قال أصبغ: فإن أبوا طلق عليهم. قال ابن رشد عن ابن القاسم: ويؤجل هذا السنة والستين (١٢). قال ابن رشد: إذا كان يبعث بالنفقة. وكان الفقيه القوري (١٣) يقول: هذه المسألة كثيرة الوقوع عزيزة النص.

وأما الخامس: وهو الغائب الذي يتخلف النفقة، ولا شرط عليه، ولا يعلم له مكان، فهذه لا قيام لها بشيء حتى تعلم الجهة، على ما نقله ابن سهل عن بعض فقهاء الأندلس.

قلت: فإن كانت الزوجة بكرا فليس للأب أن يقوم عنها إلا بتوكيلها على ذلك. قال ابن سهل: إذ لها أن تتربص على زوجها، وتنفق على نفسها من مالها، أو عمل يدها؛ لأنه من أمورها البدنية، وعليها اليمين دونه، قاله ابن عتاب، وهو الراجح. ولا بن القطان (١٤) لا يمين عليها، ولا عليه، ولها أن تطلق نفسها؛ فإن حكم لها وطلقت نفسها، ثم قدم موسرا في عدتها كان له ارتجاعها على ما تقدم. فإن قدم وادعى أنه خلف لها نفقتها، أو ترك مالا يعدى لها فيه، أو بعث إليها بشيء فوصلها، وأثبت ذلك، وأعذر إليها، فلم يكن عندها فيه مدفع؛ فللشيوخ فيه تأويلان: أحدهما أنها ترد إليه،

^١ سقط من خ ١ قوله (بعدم النفقة) .

^٢ سقط من ت قوله (بها) .

كتب بخطه تَوَجَّل شهرًا، وهو المختار، وقيل أقل من ذلك إلى ثلاثة أيام، وأظنه في كتاب محمد.

فإذا انقضى الأجل، وطلبت النظر لها. تكتب الحكم وتقول: نظر في ذلك أعزه الله نظرًا أو جب لها الخيار في بقائها على العصمة أو تطلق نفسها عليه، فاختارت الفراق وطلبت منه، فأوجب عليها أعزه الله اليمين على صحة ما شهد لها به من أنه ما ترك لها نفقة، ولا أرسل بها إليها فوصلتها(7)، وتأتي على الفصول إلى آخرها^١. كذا قرره المتيطي في صفة اليمين.

فإن غاب أو لم يترك لها غير دار فتقول: لم يترك لها نفقة غير داره بموضع كذا، وتصل بكذا، فإذا انقضى الأجل وحلفت وقد كانت ثبتت ملكية الغائب للدار المذكورة، وحيازة رسم شهود الاسترعاء للدار المذكورة فيضرب لبيعها أجلا كما لو قيم عليه بحق غير النفقة. الحكم سواء(8).

فإن كانت له ودائع أو قراض أو دين فرض لها فيه النفقة بعد إثبات ذلك للغائب، أو الإقرار به على المشهور من المذهب في المدونة وغيرها المعمول به عند الحكام، خلافا لابن القاسم. قال أبو عمرو(9) وهو القياس: إذ لو حضر الغائب وأنكرها لم يكن للغرماء إليها من سبيل. فإن أحضر من بيده الوديعة أو القراض المشهود بهما أو المقر بهما للغائب وقال: لا أدفع ذلك إلا بما يخلصني، فيأمر القاضي حفظه الله بدفعه إياه إلى أمين يقدمه لقبض ذلك. فتقول: قبض الأمين المقدم لقبض المذكور المال المشهود به، أو المقر به، المذكور للغائب المذكور من يد من هو بيده قبضا تاما بالمعينة، وصار في أمانته^٢، وبرئت منه ذمة الدافع المذكور براءة تامة، وأمر حفظه الله الأمين القابض المذكور أن يدفع للزوجة المذكورة ما يفرض لها الفارض من نفقة، وكسوة على زوجها الغائب المذكور بعد يمينها المذكور، ثم تقول: وذلك كله بعد أن ثبت لدى من ذكر حفظه الله ما وجب أن يثبت، وأعذر فيه لمن يجب أن يعذر له فيه، وإرجائه^٣ الحجة للغائب في ذلك.

^١ سقط من ب قوله (إلى آخرها) .

^٢ سقط من خ ١ قوله (فإن غاب) .

^٣ سقط من ت قوله (وصار في أمانته) .

^٤ في ب (وإن جاء) .

قال ابن سهل: إن كان الأب حراً، فإن كان عبداً فلا نفقة لها عليه؛ حراً كان الحمل أو عبداً؛ لأن نفقة العبيد على ساداتهم، فإن أعتق الأب قبل انقضاء وضع الحمل أنفق على الحرة دون الأمة، إلا أن تعتق قبل^١ وضعها. وقال بعضهم: لا نفقة لها عليه؛ لأن ولدها حاز ولاءه معتق أمه (5)، ولا للمتوفى^٢ عنها زوجها نفقة، بخلاف المتوفى عنها سيدها وحملها منه فإن نفقتها من رأس مال سيدها إلى وضعها، ويحكم لها^٣ حينئذ بالحرية، وينفق على الولد من إرثه. وأما المطلقة طلاقاً رجعيًا فالنفقة واجبة لها على زوجها المطلق، سواء أوقعه الزوج على زوجته، أو أوقعه عليه السلطان بالإيلاء أو بعسر نفقة على مذهب المدونة في الإيلاء، خلافاً للواضحة. وضابط ذلك في كل طلاق أن كل من يملك الزوج رجعتها تجب عليه النفقة لها، وكل من لا يملك الزوج رجعتها فلا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً.

وإن طلبت الزوجة نفقتها وزوجها غائب فالغيبه على خمسة أقسام: الأول غائب لم يترك نفقة ولا تخلف شيئاً، ولا للزوجة عليه شرط مغيب. الثاني غائب لم يترك نفقة ولزوجته عليه شرط المغيب. الثالث غائب يخلف نفقة ولزوجته عليه شرط مغيب. الرابع غائب يخلف نفقة ولا لزوجته عليه شرط مغيب وهو مع ذلك معلوم المكان. الخامس غائب يخلف نفقة ولا لزوجته عليه شرط مغيب^٤، ولا يعلم له مكان، والشرط المذكور في المغيب معلق بالطلاق.

فأما الأول وهو الغائب الذي لم يتخلف شيئاً، ولا لامرأته عليه شرط مغيب، فإنها تقوم بعدم النفقة، فتفرع أمرها إلى القاضي، وتشتكى له أن زوجها فلان غاب عنها غيبة بعيدة، ولم يترك لها نفقة، ولا وصلها منه شيء، ولا له مال حاضر، فيأمرها القاضي بإثبات الزوجية بينهما، واتصالها إلي يوم قيامها، ومغيبه عنها من بلد كذا منذ كذا، ولم يترك لها نفقة، ولا كسوة، ولا بحث لها بها، ولم يترك لها حميلاً، ولا كفيلاً، ولم يترك ما لا يعدى عليه فيه (6)، ولا يعلمونه طرقها في المدة المذكورة ليلاً ولا نهاراً^٥، ولا رجع من مغيبه، ولا أن عصمة النكاح انفصلت بينهما حتى الآن، فإذا ثبت ذلك عنده أعزه الله

^١ في ب، خ (بعد).

^٢ في ت (للمنفق).

^٣ سقط من خ ١ قوله (لها).

^٤ (وهو مع ذلك ... شرط مغيب) سقط ذلك من ب.

^٥ (ولم يترك لها حميلاً ... ليلاً ولا نهاراً) سقط ذلك من خ ٢.

التي كانت تنفقها على نفسها في أيام عصمتها معي بعد أن طلقها، فعليه البينة على ذلك؛ لأنه مدع، فإن أتى ببينة على دفعه لها النفقة برئ منها^١، وإلا وجب عليه غرمها لها بعد يمينها، أو تقلب عليه فيحلف ويبرأ^(١).

وإن كان طلبها بعد الطلاق لحمل تدعيه. تقول: قالت فلانة بنت فلان الفلاني إن مفارقها فلان بن فلان الفلاني طلقها منذ كذا وكذا وبها حمل منه، فطلبته الآن بنفقة الحمل فحضر المفارق المذكور، ووافق على ذلك، فتجب عليه النفقة والكسوة للحمل بما يفرضه الفارض من يوم الطلاق، وإن أنكر الحمل كلفت إثباته، فإن أثبتته ولم يدع مدفعا فيمن شهد من النساء بذلك الحمل، أو من شهد من الرجال بإقراره عليه به، حكم عليه بالفرض، وإن ادعى مدفعا أجل فيه؛ فإن عجز عجزه الحاكم، وحكم عليه، وهل يحكم عليه بالنفقة بظهوره إن شهد به النساء أو بوضعه أو بتحريكه؟ وهو أرجح خلاف^(٢)، ولا يظهر في أقل من ثلاثة أشهر وعشر، قاله ابن رشد في سماع أشهب من طلاق السنة. فإن انقش الحمل فهل يرجع عليها بما أنفق أم لا؟ أربعة أقوال: يرجع مالك، لا يرجع ابن الماجشون، يرجع إن الدفع بحكم، وعكسه، والمختار منها رجوعه عليها^(٣). قلت: ولهذه المسألة نظائر منها مسألة كتاب الشفعة إذا أثاب على الصدقة ظنا منه أن الثواب يلزمه. ومنها مسألة كتاب الصلح في الذي يصلح في دم الخطأ ظنا منه أن الدم يلزمه^٢. ومنها مسألة كتاب الصداق في سماع أصبغ. ومنها مسألة كتاب الشهادات. ومنها مسألة المرأة إذا غاب عنها زوجها، وأنفقت من ماله فقدم خبر موته أو طلاقه. قال المازري: (٤) يرجع عليها في الموت ولا يرجع عليها^٣ في مسألة الطلاق.

ومن هذا المعنى من أنفق من مال ولده في غيبة الولد لأجل عدم الوالد ثم تبين أن الولد كان مات، فإن ورثة الولد يرجعون على الوالد إن وجد له مال، قلت: ولذلك اشترط ابن عتاب أن لا يباع عقار الابن في غيبته لنفقة الوالد.

^١ سقط من ب قوله (برئ منها) .

^٢ (ومنها مسألة كتاب الصلح ... أن الدم يلزمه) سقط ذلك من ت .

^٣ سقط من خ قوله (في الموت ولا يرجع عليها) .

النوع الآخر في النفقات

قلت: نفقة المرأة إما أن تطلبها في حال العصمة أو بعدها، والزوج حاضر أو غائب، والزوجة حرة أو أمة، وذلك قبل البناء أو بعده، ونفقة الأبوين.

فأما إن كانت في حال العصمة وقامت تطالب زوجها. فتقول: قالت فلانة بنت فلان الفلاني: إن زوجها فلان بن فلان الفلاني عقد عليها النكاح منذ كذا، وإنها كانت طلبته بالبناء فلم يبن بها، ووجبت لها عليه النفقة. قال المتيطي: والكسوة من يوم تاريخ طلبها الدخول، فطلبته الآن بما وجب لها عليه من الإنفاق قبل البناء، فحضر الزوج المذكور، وسمع مقالتها وقال: إنه كان ينفق عليها من حين طلبته بالبناء، فحكمها أن يكلف الزوج إقامة البينة أنه كان ينفق عليها من حين طلبته بالبناء^١، لأنه مدع؛ فإن لم تقم له بذلك بينة حلفت، وأخذت منه ما يفرض لها، ولها قلب اليمين عليه، فيحلف ويبرأ إن كانت رشيدة، وإن كانت سفيهة كان كلامه مع وليها، وإن كان طلبها للنفقة بعد البناء فالقول قوله مع يمينه أنه هو المنفق عليها، إلا أن تقوم لها بينة أنها كانت تنفق على نفسها من مالها، أو شهد على إقراره أنها هي المنفقة على نفسها في المدة التي طلبته بها، فيلزم بإعطاء ما يفرضه الفارض لها بعد الإعذار في شهادة الشهود الذين شهدوا لها على ما في علمهم، أو على إقراره^٢ بذلك.

وإن طلبته بالنفقة بعد الطلاق، إما أن يكون لما مضى في حال العصمة، أو لما وجب لها عليه بعد الطلاق، وإن كان الطلاق بائناً بحمل ونحوه؛ فإن كان لما مضى في حال العصمة، تقول: قالت فلانة بنت فلان الفلاني إن مفارقتها^٣ فلان بن فلان الفلاني لم ينفق عليها، ولم يكسها مدة من كذا في حال عصمتها معه، فحضر المفارق فلان المذكور، وادعى أنه أنفق وكسى المدة المذكورة، فحكمها يسأل الزوج عن نفقته وكسوته في أي وقت كان يعطيها للمفارقة المذكورة، هل قبل طلاقه لها أو بعد طلاقه؟ فإن قال إنه كان يعطيها نفقتها في حال العصمة فالقول قوله مع يمينه، فيحلف ويبرأ، أو يقلب عليها اليمين، فتحلف وتأخذ ما يفرض لها الفارض، وإن قال: أعطيتها نفقتها

^١ (فحكمها أن يكلف ... طلبته بالبناء) سقط ذلك من خ ٢ .

^٢ في ت (أو على المرأة) وسقط من خ ٢ قوله (أو على) .

^٣ في ت (إن فارقتها) وفي خ ٢ (إن ما فارقتها) .

بمعينة شيء إلا بالغارة فقط، قال: يحلف المغار عليهم على ما ادعوه بما يشبه أن يكون مثلهم يملكونه، وهم مدعون. فهذه المسائل التي حضرتني ممن يكون القول قوله وهو مدع، إلا أن بعضها على المشهور وبعضها على خلاف المشهور وقد تقدمت.

وأما القسم الثاني إذا لم تأت متعلقة به، قلت: قامت امرأة اسمها فلانة بنت فلان الفلاني وادعت على فلان بن فلان الفلاني أنه اغتصبها في نفسها، ولم تأت متشبهة به، ولم تقم لها عليه بذلك بينة، فينظر الرجل المدعى عليه إن كان معروفاً بالصالح والدين حدث له حد القذف، وإن ظهر بها حمل حدث حد الزنا، وإن لم يظهر بها حمل فيتخرج وجوب الحد عليها على قول ابن القاسم فيمن أقر بوطء أمة وادعى شراءها أو نكاحها، فإنه يحد، وعلى قول أشهب الذي يقول لا يحد فإنها لا تحد. وعلى قول ابن القاسم بوجوب الحد عليها إن رجعت عن قولها، فإنها لا تحد، وإن كان المدعى عليه معلوماً بالفسق لم تحد له حد القذف؛ كانت من أهل الصون أم لا. ولا حد عليها لإقرارها على نفسها إلا أن يظهر بها حمل، وينظر الإمام في سجنه والفحص عن أمره فيعمل على ما ينكشف له منه، فإن لم ينكشف له منه^١ أمر استحلفه، فإن نكل حلفت المرأة وكان لها عليه صداق مثلها، وإن كان مجهول الحال حدث^٢ سواء كانت مجهولة الحال أم من أهل الصون، ويتخرج وجوب الحد عليها للقذف على قولين، وعلى القول أنها لا تحد فعليه اليمين، فإن نكل حلفت واستحقت صداق المثل.

^١ سقط من خ ٢ قوله (له منه) .

^٢ في خ ٢ (أخذت) .

واحدا، وإن كانت ممن تبالي بفضيحة نفسها استحلف هو؛ فإن نكل حلفت، وكان لها صداق مثلها، وإن كانت ممن لا تبالي بفضيحة نفسها استحلف هو^١، وعليها الحد على قول، وعلى قول لا حد عليها ولا يمين، وعلى القول أن لا حد عليها ولا يمين، وعلى القول بحلفه إن نكل حلفت هي واستحقت صداقها، وعلى القول بأنها تحد لا يحلف هو، ولا يجب لها عليه شيء^٢، وهذا تحصيل ابن رشد (47).

قلت: فقه هذا التحصيل وما كان في معناه أن على كل مسلم اغتصب مسلمة الحد، وهو إن كان محصنا الرجم وإن كان غير محصن الجلد سواء كانت المغتصبة بكرا أو ثيبا، أيما كانت أو ذات زوج.

قلت: انظر في تحصيل ابن رشد أنه قال تحلف وتأخذ منه صداق مثلها فجعل هنا القول قول المدعي؛ ولها نظائر منها يمين القسامة تجب بقول الميت دمي عند فلان، وهو مدع. ومنها مسألة اللعان الزوج مدع لنفي الولد، ويحلف وينتفى عنه، ومنها القاضي في التعديل والتجريح، هو مدع وقبل قوله. ومنها إقرار القاضي أنه حكم على فلان بكذا، هو مدع وقبل قوله. ومنها المودع يدعي رد الوديعة إلى ربها إن كان قبضها بغير إشهاد، هو مدع وقبل قوله^٣. ومنها الغاصب يدعي ضياع الشيء المغصوب يحلف على ضياعه، وهو مدع وقبل قوله. ومنها اللصوص إذا قدموا بمتاع وادعى شخص أنه له، وأنهم نزعوه منه، حلف وأخذه^٤، وهو مدع وقبل قوله. ومنها السمسار إذا ادعى عليه أنه غيب ما أعطي له للبيع، وكان معلوما بالعداء، وبإنكار الناس، فيحلف المدعي ويغرم السمسار وربها مدع وقبل قوله. ومنها السارق إذا سرق متاع رجل، وانتهب ماله، وأراد قتله، ولم يشهد بذلك أحد، وقال المسروق أنا أعرفه، قال مالك: إذا كانوا معروفين بذلك حلف المسروق. ونزلت بالمدينة، وحكم عمر فيها بذلك، والمسروق مدع. ومنها منتهب الصرة من يد ربها والناس ينظرون إليه فلما ردها إلى ربها اختلف هو وربها في عددها؛ فقال أشهب: القول قول ربها، وهو مدع. ومنها مسألة النهباء يعدون على منزل رجل، فينتهبونه، ويذهبون بما كان فيه، ولم يشهد عليهم

^١ (فإن نكل ... استحلف هو) سقط ذلك من ب، خ ٢.

^٢ (ومنها المودع ... وقبل قوله) سقط ذلك من خ ٢.

^٣ سقط من ب قوله (وأخذه).

خلا بها، وغلب عليها، واقتضها غصبا وتعديا منه وجرأة على الله تعالى، فحضر المدعى عليه المذكور وقرئ عليه مقالها المذكور وسئل منه ما عنده فيه فأقر أنه حضر معها في الموضع المذكور حسبما ذكرته فلانة المذكورة، وأنكر الافتضاض، وثبت ذلك من قولهما عنده وفقه الله تعالى وسدده على أعيانهما بشهادة من قبل، ولم تشهد لفلان المذكور حالة حسنة تدفع عنه ما رمت به من الافتضاض، فأمر سده الله أن ينظر إليها ثقات النساء، فنظرن إليها، وقلن إنها تدمي من قطع جديد حديث، وثبت ذلك عنده من قولهما، فشاور في ذلك من وثق به من أهل العلم، فقالوا: نرى والله الموفق للصواب أن تحلف المرأة لقد اقتضها، وتستحق قبله صداق مثلها على قول من قاله من أهل العلم في ذلك، وقيل بيمينها وقيل من غير يمين^١ وقيل لا صداق لها، ويؤدب الرجل أدبا موجعا، فأمر القاضي من يقدر لها صداق مثلها على قدر حاله، وحالها، فقدر بكذا، أو أمر حفظه الله تعالى بحلفها على القول به فحلفت لقد اقتضها في موضع اختلى فيه بها وأمر الرجل بإحضار الصداق المقدر المذكور فأحضره، ودفعه عن إذنه لأمين يحفظه لها إلى أن يبرأ بقبضه منه، وثبت ذلك كله، وأبرأه منه، وأقام على ما وجب عليه من الضرب بعد أن أعذر إليه فلم يكن عنده فيه مدفع. شهد عليه حفظه الله تعالى بذلك كله، وعلى براءة الرجل المذكور من الصداق المقدر المذكور، بدفعه لمن ذكر في كذا.

قلت: وعلى هذا القول العمل، وعليه بنى أهل الوثائق وثائقهم، وتفصيل ما في ذلك أنها إن كانت بكرا وجاءت متعلقة به تدمي، فإن تجردت دعواها فهل تحد له أم لا؟ في ذلك قولان، وهل يحلف لها؟ قولان مبنيان عليهما هل تحد فلا يمين أم لا تحد فلها اليمين؟ فعلى القول بلحوق اليمين إن نكل حلفت واستحقت صداق مثلها إن كانت ممن تبالي بفضيحة نفسها، وإن كانت ممن لا تبالي بفضيحة نفسها حُدت^٢ قولاً واحداً. واختلف في وجوب الصداق لها على ثلاثة أقوال: يجب، لا يجب، الفرق بين أن تكون حرة فيجب، أو أمة فلا يجب، وهل عليها يمين أم لا يمين عليها إذا وجب لها؟ لما بلغت به من فضيحة نفسها؟ قولان، فإن كان مجهول الحال لم تُحد له قولاً

^١ سقط من خ ٢ قوله (وقيل بيمينها وقيل من غير يمين) .

^٢ سقط قوله (حدث) من ب ، ت ، خ ، ١ ، س .

^٣ في ب (وجبت عليها) .

الولد منك، وإنما قالت هو من الغاصب، فتبقى الزوجية بينهما على حالها، فأخذ القاضي حفظه الله تعالى بقولهم، وعمل عليه؛ إذ وافق رأيهم فإن لم يوافق الزوج على الغصب المذكور بنيت^١ على ما تقدم إلى آخر يمين الزوج.

فقهه: لا يخلو إما أن يثبت الغصب ببينة، أو يعترف به الزوجان معا، أو يدعيه أحدهما فقط؛ فإن ثبت ببينة كان كذب الزنا، فإن قال الزوج: إن هذا الولد ليس مني، وقد كنت استبرأتها؛ فاختلف هل ينفيه بلعان أم بغير لعان، واختلف قول ابن القاسم فيما إذا أكذبت، وقالت: هو منه، وإذا كان الحكم أن لا ينفيه إلا بلعان فإنما يلتعن هو وحده، فإن نكل حُد، وإن التعن لم تلتعن هي؛ إذ تقول: يمكن أن يكون من غصب. قال اللخمي: وأرى أن ينفي بلا لعان؛ لاتفاقهما عليه، ثم قال: وإن تصادقا علي الغصب لم ينفيه الزوج عن نفسه إلا بلعان. قال محمد: يلتعن الزوج وتلتعن المرأة أن قد غصبت.

قلت: معنى ما قال محمد أن يمينها تكون على صحة دعواها الغصب فإن نكلت رُجمت. قال اللخمي: ولا أعلم لرحمها وجهًا؛ لأنه لم يثبت الزوج عليها بلعانه زنا، وإنما أثبت عليها غصبا، فلا لعان عليها كما لو ثبت الغصب ببينة، وإنما اختلف إذا قالت: إنها وطئت غصبا وادعى الزوج عليها الطوع على قولين: فقال ابن القاسم: لا لعان عليها لأنها مقرة مدعية فتُحد، وقال أشهب: لا يؤاخذ أحد بأكثر مما أقر به على نفسه، فيلاعن الزوج^٢، فإن لم يحد للاختلاف فهل يقبل قوله أم لا؟ قولان، وإن لاعن حلفت، وبرئت، فإن نكل الزوج عن اللعان مع ثبوت البينة بالغصب، أو تصادقهما عليه دون بينة، أو ادعاه هو وأنكرت هي أن تكون^٣ غصبت، لم يُحد؛ لأنه يحمل محمل الشهادة لا محمل التعريض.

فإن ادعت امرأة على رجل أنه اغتصبها، فلا يخلو حالها إما أن تكون أمت متعلقة به أم لا، فإن أمت متعلقة به^٤، قلت: حضرت عند القاضي فلان سده الله تعالى ووفقه امرأة تسمت بفلانة بنت فلان الفلاني متعلقة برجل يسمى فلان بن فلان الفلاني مدعية عليه أنها أمت معه من موضع كذا، وأنه

^١ في خ (يثبت) .

^٢ سقط من ت قوله (فيلاعن الزوج) .

^٣ سقط من خ قوله (أن تكون) .

^٤ سقط من ت ، خ قوله (أم لا فإن أمت متعلقة به) .

قلت: ولا تقع الفرقة بينهما إلا بتمام التعان المرأة بعد الزوج على المشهور من المذهب، فعليه لو التعن، ثم مات الزوج قبل التعانها فإنها ترثه، وقيل إنما تقع^١ الفرقة بينهما بتمام التعان الزوج وعليه إن التعن ومات^٢ فإنها لا ترثه.

قلت: فإذا اقتصر الزوج في دعواه على الزوجة أنه رآها تزني، ولم يزد على ذلك، فهل لا بد أن يصف بالرؤية كالمروود في المكحلة وحينئذ يصح اللعان بينهما، وإلا حد ولم يلعن وهو المشهور، أو يلعن وإن لم يدع رؤية وهو الشاذ. فإن تقدم يمين الزوجة قبل يمين الزوج قال ابن هشام: قال في الكافي: إذا التعتن الزوجة قبل الزوج، ثم التعن الزوج بعدها، ثم فرق الإمام بينهما لم تقع الفرقة حتى تعود المرأة فتلتعن بعد^٣ الرجل (46)

قلت: فإن كانت الزوجة لم تبلغ المحيض هل تلacen أم لا؟ ثلاثة أقوال: الراجح منها أنها لا تلacen، وأن الزوج قاذف لها، ولا لعان عليها، لأنها إن زنت لم تُحد. وقال اللخمي: يتعلق باللعان أربعة أحكام: سقوط الحد عن الزوجين، ونفي الولد، والفرقة، وتأبيد التحريم على اختلاف الناس في هذين القسمين الأخيرين.

قلت: فإن ادعى الزوج على زوجته استبراء، ونفي الحمل الظاهر بها، وصدقته أنه من غيره، وأن الغير اغتصبها، فإن صدقها الزوج في دعواها تعقد ذلك عن إذن القاضي، تقول: أشهد قاضي مدينة كذا وهو فلان وفقه الله وسدده أن فلان بن فلان الفلاني حضر مجلس نظره وذكر أن زوجته وطئت غصبا، وأنه ظهر بها حمل، وأنه ليس منه، ونفاه عن نفسه، وسأل منه أعزه الله تعالى النظر له بالواجب في ذلك، اقتضى نظره إحضار الزوجة فلانة المذكورة، فحضرت وقرئ عليها مقال زوجها المذكور، فاعترفت به، وأقرت بالغصب المذكور، وثبت ذلك من قوليهما بعد ثبوت الزوجية بينهما لديه، وبعد أن شاور في ذلك من وثق به من أهل العلم فقالوا: نرى والله الموفق للصواب والهادي إلى طريق الرشاد أن لا ينفي الولد إلا^٤ بلعان من الزوجين، ولا تلتعن هي؛ إذ لم تقل^٥ إن

^١ في خ (لا تقع) .

^٢ سقط من ب قوله (ومات) .

^٣ في ت (فلتعن هذا) .

^٤ سقط من خ ١ قوله (إلا) .

^٥ سقط من خ ٢ قوله (إذ لم تقل) .

استبرأها(45) قبل الرؤية المذكورة، ولم يطأها بعد استبرائها المذكور حتى شاهد ما شاهد من زناها، وأن الحمل الذي ظهر بها إنما هو من زناها المذكور^١، فأكذبت في ذلك كله الزوجة المذكورة، فحكمهما في ذلك أن يكلفا إثبات الزوجية بينهما فإذا أثبتاها وثبت مقالهما المذكور بواجب الثبوت، وعظهما بالله وخوفهما عقابه، فإن تمادى كل واحد منهما على ما زعمه من قوله، ولم يرجع واحد منهما إلى قول صاحبه أمرهما القاضي بالإلتعان في المسجد الجامع، كما نقله ابن هشام عن عبد الملك بن الماجشون أنه قال: اللعان لا يكون إلا في مساجد الجماعات والأمصار، وحيث الأئمة، بمشاهدة طائفة من المسلمين بعد العصر، قاله اللخمي. من يوم كذا^٢ فحضر القاضي المذكور دامت كرامته وطائفة من المسلمين في الوقت المذكور، وحد عدد الطائفة الحاضرة من المسلمين أربعة فقام الزوج المذكور، واستقبل القبلة فشهد بالله أربع شهادات بنص الشهادة، وخمس بلعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وقامت المرأة مستقبلة كذلك، فشهدت بالله أربع شهادات وخمست بغضب الله عليها إن كان من الصادقين، ثم تقول: وثبت ذلك كله عنده أعزه الله تعالى، فحكم بالتفرقة بينهما، وحرمت عليه تحريماً مؤبداً على المعروف، فإن كان ظهر بها حمل قلت: وانقطع نسب الحمل الظاهر بها عنه، ثم تقول: ونظر أعزه الله تعالى فيما ثبت عنده في هذا الكتاب نظراً أوجب به الإشهاد عليه، والتسجيل به فأشهد به على نفسه، ثم تقول: شهد على من ذكر دامت كرامته وبثبوت جميع ما ذكر عنده الثبوت التام على حسب ما ذكر وفسر. قلت: والمشهور عند اللخمي، وغيره أن بنفس تمام التحالف تقع الفرقة بينهما، وإن رجع الزوج إلى قولها لا تحل له^٣، ويحد ويلحق به الولد. انتهى.

قلت: تكليف الزوجين إثبات الزوجية هو الصحيح، ولأبي عمران أنها تجزئ شبهة النكاح في اللعان.

^١ (حتى شاهد ما شاهد ... زناها المذكور) سقط ذلك من خ .

^٢ لعل الصواب (بعد العصر من يوم كذا ، قاله اللخمي) .

^٣ سقط من ب قوله (لا تحل له) .

قلت: ومن هذا المعنى من سرمد العبادة، وكان يقوم بالليل، ويصوم بالنهار، فلزوجه في ذلك مقال

في ترك وطئها، فيؤمر بالوطء ويتلوم له، فإن تمادى، ورفعت أمرها إلى القاضي بم يحكم؟

قلت: قال في المدونة يقول له إما وطئت، وإما فارتقت (36)، فإن قال أطأ، فبم يحكم عليه في

ذلك؟ فقال كعب: (37) بليلة من أربع، قال له عمر (38) من أين كان حكمك بذلك؟ قال له من أن

الله عز وجل أباح له أن يتزوج أربعاً (39). قال أبو عمران: وقيل بليلة من ثلاث، وأخذه من قوله عز

وجل [للذكر مثل حظ الأنثيين] (40) وقضى عمر بمرة في الطهر لأنه يجبلها فيه.

وأما إذا كان الطلب منه والامتناع منها، فقال ابن حبيب: هي كالأجيرة عليها ما قدرت عليه. وقال

ابن شعبان عن المغيرة بن شعبة يفرض له عليها^١ أربع مرات في اليوم والليلة. وقال محمد بن

سيرين: (41) ست مرات في اليوم والليلة، وقال عبد الله بن الزبير: (42) ثماني مرات في اليوم

والليلة.

قلت: فإن قال الزوج: أصبت حيث يحكم عليه بالوطء، وأنكرت هي الإصابة، كان القول قوله مع

يمينه، فإن نكل حلفت وطلقت عليه، وكان كما لو اختلفا في الوطء وادعت الفياة ونكل أنها

تحلف وتطلق عليه.

قلت: فإن كان الزوج معترضا، أو مجبوا^٢، أو شيخا فانيا، فلا حكم لإيلائه، وكذلك إن كانت

الزوجة لا تطيق الوطء لصغرها، أو كانت مرضعا وزعم أن الإيلاء لصالح ولدها.

نوع آخر في اللعان (43)

امرأة رفعت أمرها إلى مجلس القاضي أعزه الله تعالى مشككية بزوجه فلان بن فلان الفلاني،

فحضر^٣ زوجها المذكور معها، وتقاررا على صحة الزوجية بينهما، وأقرا أيضا بالبناء^٤، وادعت الزوجة

المذكورة أن زوجها المذكور قذفها، أو انتفى من حملها، فحضر الزوج المذكور وسمع مقالها،

ووافق على ما نسبت إليه أنه رآها تزني، وعاین ذلك منها كالمروود في المكحلة (44) وأنه كان

^١ في ب (لها عليه) .

^٢ في ب ، ت ، خ ، ١ ، س (يحنونا) .

^٣ في ت (في ضرر) .

^٤ سقط من خ ١ قوله (أيضا بالبناء) .

الغياة، أو الطلاق، فتأبى منهما^١، وعرض على الزوجة الصبر عليه فأبت منه، ودعت إلى الفراق منه، وثبت ذلك كله عنده؛ فنظر لها في ذلك بالواجب، وطلقها عليه طلقة واحدة؛ فإن كانت مدخولا بها زدت فيه يملك بها^٢ رجعتها إن فاء في عدتها(34)، وحكم بذلك كله بعد الإعداء إليه. فقه ذلك: إذا طلقها عليه كما ذكر فله الرجعة إن فاء في عدتها إن كان بعد البناء بها، وتصح له إن وطئ في عدتها ولو انصرم أمد الإيلاء، وإن^٣ انقضت عدتها وأمد إيلائه باق فلا رجعة له إلا بولي، وصادق، وشاهدين كابتداء النكاح.

قلت: هذا إذا كان الزوجان ممن يصح منهما ذلك وكان حلفه إلى أجل يجاوز الأربعة أشهر، أو كان أبهم^٤، وأما إن كان عين أجلا دون أجل الإيلاء، فليس بمول. قال اللخمي: للمرأة القيام بالطلاق لعدم الإصابة(35) في حضور الزوج وغيبته، وقسم ذلك مع حضوره إلى ستة أقسام فانظره في تبصرته.

فان رضيت الزوجة بعد انقضاء الأجل بتركه، وقالت: لا حاجة لي بتوقيف، ثم قامت به فهل لها ذلك أم لا؟

قال أصبغ: لها ذلك بعد يمينها أن ذلك ما كان منها^٥ تركا له، وإنما كان لتنظر فيه، ولمالك لها ذلك، ويوقف مكانه من غير استئناف أجل؛ فان فاء^٦، وإلا طلق عليه. واستحسن اللخمي قول مالك. فإن طلق عليه بعد انقضاء أمد الإيلاء، وارتجع من غير أن يصيب، ورضيت الزوجة بذلك، فاختلف فيه فأجازه ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون، وأباه سحنون إلا بالوطء، وقال: لا تصح الرجعة إلا به؛ لأن الرجعة عنده حد من حدود الله عز وجل.

فان ترك الوطء مضارا دون إيلاء لزمه، وتبين ذلك منه، وقامت المرأة به أمر بإزالة الضرر والعودة إلى الوطء مرة بعد مرة، فان تمادى على إضراره، قيل يضرب له أجل الإيلاء كالمولي، وقيل لا يضرب له، وتطلق عليه بعد التلوم.

^١ في خ (من ذلك منها)

^٢ في خ (تملك به) .

^٣ سقط من ب ، خ ١ قوله (وإن) .

^٤ سقط من ب ، ت قوله (أو كان أبهم) .

^٥ في ت (إنما كان ذلك منها) وفي خ (إن كان ذلك منها)

^٦ في ب ، خ (وفي) .

قلت: المظاهر ممنوع من الوطء بالقرآن (29)، ويجب على المرأة منع نفسها منه، وإن خشيت إكراهه إياها حال السلطان بينهما، قاله مالك، واختلف هل له أن يقبلها، أو يباشرها، أو يلمسها، أو ينظر إلى صدرها أو شعرها أم لا؟ فقال في المدونة: لا يفعل شيئاً من ذلك حتى يكفر؛ فإن فعل فلا شيء عليه (30) وقال ابن الماجشون: إن قبل أو باشر في شهري^١ صيامه فذلك قطع يوجب له حكم الوطء المحرم، واختلف في المضاجعة، فعلى قول مالك يمنع حماية، وعلى قول عبد الملك يحرم، وعلى هذين القولين هل ينظر إلى شعرها أم لا؟ فأجازاه .

قلت: ومن هذا المعنى مسألة نزلت برجل تشاجر مع أم زوجته فقال لها ابنتك عليّ حرام كبطن أمي، فسئل عن مراده بذلك هل نوى به الطلاق أو الظهار أو لم ينو شيئاً؟ فقال: لا نية لي، إلا أنه كان سبب يمينه مع أم زوجته^٢ على حوائج بيت الزوجة المذكورة، فهل يكون مظاهراً إذ لا نية له؟ أو يراعى بساط يمينه؟ قلت: المراعى في هذه المسألة بساط يمينه (31).

قال في إرخاء الستور من المدونة ومن صالح أمراته، ثم ظاهر منها في عدتها، أو آلى منها لزمه الإيلاء ولم يلزمه الظهار إلا أن يقول: إن تزوجتك، أو يجرى قبل ذلك من الكلام ما يدل عليه، فيلزمه الظهار إن تزوجها فاعتبر في هذا البساط بقوله إلا أن يتقدم قبل ذلك من الكلام ما يدل عليه، وهذا لم يحك فيه خلاف (32).

النوع الآخر في الإيلاء

قلت: قامت عند قاضي مدينة كذا فلانة بنت فلان الفلاني على زوجها فلان بن فلان الفلاني، وذكرت أنه آلى منها، واعتزلها، وترك المسيس منها، وذلك منذ خمسة أشهر، أو ستة، أو ما كان في ذلك: قبل بنائه بها أو بعده، فحضر الزوج المذكور وسئل منه ما عنده في ذلك؟ فأقر بما ذكرته من الإيلاء (33) وأمره، وأنه مضى له أربعة أشهر، وثبت توقيفها إياه، وإقراره بذلك، وزوجيتهما^٣ عنده بواجب الثبوت، ودعت المرأة إلى النظر لها بالواجب، فخير^٤ أعزه الله فلان المذكور في

^١ في ب، خ (في شهر من صيامه) .

^٢ هكذا وردت هذه العبارة في جميع نسخ المخطوط ولعل أصلها (سبب يمينه أنه تشاجر مع أم زوجته على حوائج) كما جاء في أول الفقرة .

^٣ في خ (وزوجته ما عنده) .

^٤ في ب، س (فخير) وفي خ (فيخيرها)

عليه عاجلاً؛ فإن اختار التكفير^١، وطلب الأجل ضرب له أجل أربعة أشهر، فإن انصرم الأجل وادعى ما يوجب التلوم تلوم^٢ له.

قلت: ولما انصرم الأجل على فلان المذكور، ولم يعد، ولم يكفر، وظهر له منه أعزه الله اللدد، والإضرار بزوجه المذكورة، وطلبت النظر بالواجب لها رأى حفظه الله بسديد نظره أن طلقها عليه طلاقاً واحدة يملك بها رجعتها إن كفر في عدتها بعد أن أعذر إليه كما تقدم في الإعدار. فقه ذلك: اختلف قول مالك في أجل الظهار هل هو من يوم مظاهرتة أم من يوم ترفعه؟ واختلف أيضاً قول ابن القاسم في التلوم له بعد انصرام الأجل؛ فقال مرة يتلوم له، وقال مرة لا يتلوم له، قال اللخمي: وهو أحسن^٣. ولا يزداد فوق ما جعل الله له.

والكفارة في الظهار مرتبة على نص الآية الكريمة (25)؛ فإن كان من أهل الوجد فكفارتة العتق ولا يجزئه إطعام ولا صوم، ويعتبر حاله وقت الكفارة لا يوم الحلف، وإن كان المظاهر منها أمة، وليس له سواها أعتقها عن ظهاره، ثم تزوجها إن شاء.

قلت: وشروط الرقبة أن تكون مؤمنة سليمة من عيوب البكم والعمى والشلل وقطع اليد والأذن، واختلف في الصمم والمقطوع الإصبع والعرج الخفيف والبرص اليسير، وأن لا يكون فيها شائبة من الرق؛ فإن لم يقدر على الرقبة الموصوفة كفر بصوم شهرين متتابعين لم يتخللها شهر رمضان، ولا يوم الفطر، ولا يوم النحر، ومن أفطر فيهما ناسياً أو متأولاً وصل القضاء بهما وإن فصله منهما استأنف صيامهما. فإن لم يستطع الصوم فكفارتة إطعام ستين مسكيناً. قيل مد لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم، قاله ابن القصار. وفي كتاب ابن حبيب مدان بمده عليه السلام. وقال ابن الماجشون: إن غدى أو عشى أجزاءه (26)، ولم يجعله كفارة اليمين بالله عز وجل، كما هو عند ابن القصار. وقيل بمد هشام. واختلف في مقداره؛ فقال في المدونة هو مدان إلا ثلث مد بمد النبي عليه السلام (27). وقال ابن حبيب: مد وثلث بمده عليه السلام. وقال معن بن عيسى: (28) مدان بمد النبي عليه السلام.

^١ سقط من خ ٢ قوله (التكفير).

^٢ سقط من ت، خ ١ قوله (تلوم).

^٣ سقط من ت قوله (قال اللخمي وهو أحسن) ومن خ ٢ قوله (وهو أحسن).

انقضت عدتي؛ فإن مضت مدة تنقضي في مثلها العدة^١ صدقت بغير يمين، وإلا لم تصدق (19). قال:
 وقضى أبان (20) في مطلقة ادعت بعد خمسة وأربعين يوما أن عدتها قد انقضت أنها مصدقة،
 وتحلف. قال المتيطي: وليس العمل على أن تحلف إذا ادعت ما تحيض لمثله. وقال مالك في
 كتاب محمد: لا تصدق في شهر. وقال أيضا^٢: لا تصدق في شهر ونصف، وما أراها إلا عجلت. وقال
 أيضا في مختصر ما ليس في المختصر: إذا قالت حضت ثلاث حيض في أربعين يوما فقد أتت
 عظيما؛ لأن الله عز وجل جعل^٣ مكان كل قرء شهرا، فإن كان ذلك عندهن معروفا فهو كذلك.
 وقال مالك وربيعة في النوادر: لا تصدق في أقل من خمسة وأربعين يوما. قال المتيطي: قال غير
 واحد من الموثقين: وبهذا جرى العمل عند الشيوخ. وقال سحنون: لا تصدق في أقل من أربعين
 يوما. وقال عبد الملك في المبسوط: أقل ذلك خمسون يوما إلى شهرين.
 قلت: ولهذا قدمنا في الشروط التي اشترطناها على الشهود أن لا يشهدوا على الزوج في الرجعة
 إذا^٤ جاوز الطلاق شهرا حتى يشهدوا على المرأة أن عدتها لم تنقض. وقال المتيطي: إذا قالت
 المرأة قد انقضت عدتي بسقط (21) قبل قولها، وإن كان ذلك بعد الطلاق بيوم، ولا يمين عليها، ولا
 يلتفت إلى تكذيب الجيران لها، وإن كان قولها ذلك بعد الارتفاع إلى الحاكم، وسكوتهما عليها لم
 تصدق فيما ادعته، واختلف في الإشهاد على الرجعة هل هو واجب، أو مستحب، فذهب ابن
 القصار (22) إلى أنه مستحب^٥، وحكى بكر القاضي (23) عن مالك أنه واجب.

النوع الآخر في الظهار

امرأة قالت إن زوجها ظاهر منها، واعتزل عنها، وعضلها في الكفارة (24)، وتأبى من الطلاق، فحضر
 الزوج المذكور، وأنكر مقالها فحكمها أن تكلف البينة؛ فإن أتت بها أعذر إليه، فإن عجز عجزه
 القاضي بعد الأجل، وحكم بتعجيله في عوده^٦ إلى وطنها، وتكفيره عن ظهاره، أو إنفاذ الطلاق

^١ سقط من ب قوله (فإن مضت مدة تنقضي في مثلها العدة) .

^٢ سقط من خ ١ قوله (لا تصدق في شهر وقال أيضا) .

^٣ سقط من ب قوله (جعل) .

^٤ في خ ٢ (إلا إذا) .

^٥ سقط من خ ٢ قوله (فذهب ابن القصار إلى أنه مستحب) .

^٦ في ب ، خ ١ (دعواه) .

النية كانت مسألة اختلاف؛ فيختلف في الرجعة بالنية من غير نطق قياسا على الطلاق وعقد اليمين بالنية من غير نطق^١.

قلت: وقد اختلف قول مالك في ذلك. وقول محمد لا تصح رجعة بالنية مبني على القول بمنع وقوع الطلاق بالنية. واختلف في القول والفعل بغير نية؛ فقال أشهب في كتاب محمد: ليسا برجعة^٢ وفرق في المدونة بين القول والوطء؛ فأسقط ذلك في الوطء إذا كان بغير نية، وألزمه في القول إذا قال راجعتك، ثم قال كنت لاعبا، ولا بينة على قوله راجعتك، فقال: هي رجعة، قال هذا مبني على أحد قولي مالك: إن هزل النكاح كجده (١٧)، وحكى الدماطي (١٨) عن الليث وابن وهب الوطء بغير نية رجعة. قال المتيطي: قال بعض الشيوخ: يريد والله أعلم في الحكم الظاهر، ولا يصدق أنه لم يرد بذلك الرجعة، وقال: وهو الأظهر. قال الشيخ أبو الحسن اللخمي: والقول أن لا رجعة^٣ في الوجهين جميعا أحسن.

قلت: المراد بالوجهين القول، والوطء، وقال محمد: إن نوى الرجعة ثم قبل، أو باشر فان فعل ذلك لمكان ما نوى فهي رجعة، وقد اختلف في النية على من شرطها هل هي مقارنة للفعل أم لا؟ قلت: قال المتيطي: ولا يخلو حال المرتجع لزوجه أن تصدقه في بقاء عدتها أو تكذبه، فأما من عدتها بالشهور، أو بالسنة فهي والرجال في معرفة انقضاء العدة سواء، وأما من كانت عدتها بالحيض فكذبته، وأدعت انقضاءها في مدة تنقضي فيها الأقراء الثلاثة في غالب عادة النساء، صدقت وسقط حق الزوج في الرجعة، وحلت للأزواج، وإن كانت مدة قريبة لا تنقضي فيها العدة بحال، لم تصدق، ومنعت من الأزواج^٤؛ صدقها الزوج أو كذبها، واختلف إذا كانت مدة تنقضي فيها العدة للنادر والقليل من النساء هل تصدق أم لا؟ فقال مالك في كتاب إرخاء الستور من المدونة: إذا قالت المطلقة حضت ثلاث حيض في شهر سئل النساء؛ فإن أمكن ذلك عندهن صدقت، وقال في موضع آخر من الكتاب المذكور: إذا قال الزوج لمعتدة قد راجعتك، فأجابته نسقا لكلامه قد

^١ (قياسا ... من غير نطق) سقط ذلك من ت .

^٢ في ت (بنية) .

^٣ سقط من خ ٢ قوله (أن لا رجعة) .

^٤ (وإن كانت ... ومنعت من الأزواج) سقط ذلك من ت .

فرع : فإن طلقها على خلع وشرط أنه إن لم يصح الخلع تبقى له زوجة هل يفسد شرطه أم لا؟ قولان، فإن خالعها على مال تدفعه له، أو على دارها فإذا هي لا مال لها، والدار لغيرها فهل ينفذ الطلاق ولا شيء له؟ أو تعود له زوجة؟ قولان^١، وفي الرجوع عليها إذا كانت سفيهة خلاف.

نوع آخر في الرجعة والمراجعة

قلت: المراجعة تكون من الطلاق^٢ قبل البناء ومن الطلاق البائن ومن طلاق الخلع، والرجعة^٣ تكون من الطلاق الرجعي، فإن كان الطلاق قبل البناء وأراد الزوج المراجعة فلا بد من ولي^٤، وصادق، ورضاها إن كانت ممن يعتبر رضاها، وكذلك الحكم في كل طلاق^٥ تملك به الزوجة أمر نفسها؛ من بائن، وطلاق خلع، ولا فرق فيه بين المراجعة والنكاح^٦ المبتدأ إلا في العصمة التي يبنى عليها خاصة؛ لأنها ترجع^٧ له على طلبة تقدمت، فيبقى له فيها طلقان إن كانت حرة، أو طلبة إن كانت أمة، وإن كان عليه لها في أصل النكاح شروطاً فإنها تعود عليه وإن لم ينص عليها في المراجعة.

فإن كان الطلاق بعد البناء، وكان رجعيًا فلا يحتاج في الرجعة منه لولي، ولا لصادق، ولا لرضاها ما دامت في العدة، والطلاق الرجعي ما وقع بعد الدخول ولم يكن فيه فداء فإن انخرم ذلك لم يكن له عليها رجعة إلا بما شرط في الطلاق البائن، والرجعة تصح مع بقاء العدة بأربعة شروط: وهي النية على ذلك، وبالقول بأن يلفظ براجعتك، أو ما يقوم مقامه، وبالنية وبالفعل، وهو الوطء، أو ما يكون من دواعيه كالقبلة، والمباشرة، والملازمة، وأن تكون النية مقارنة للقول والفعل، فإن لم ينو الرجعة بذلك لم تكن رجعة، فإن ارتجعها بعد ذلك لم يقربها حتى يستبرئها من وطئه بثلاث حيض. قال اللخمي: فإن انفردت النية ولم يكن معها قول ولا فعل، أو عرى القول أو الفعل من

^١ سقط من خ ٢ قوله (قولان) .

^٢ سقط من خ ٢ قوله (من الطلاق) .

^٣ في ت (والمراجعة) .

^٤ سقط من ت قوله (ولي) .

^٥ (مطلقة) هكذا في ب ، ت ، خ ، ١ ، س .

^٦ في ت (والطلاق) .

^٧ في ت (لا ترجع) .

فإن ادعى الزوج المسيس، وأنكرته هي وهي رشيدة قال في المدونة: لها أخذه بجميعه إن شاءت، أو تأخذ نصفه (14)، معناه لا تأخذ جميعه حتى ترجع إلى قوله قبل رجوعه هو عن دعواه إلى قولها.

قال ابن رشد رحمه الله: تلخيصه أيهما رجع عن قوله إلى قول صاحبه قبل رجوع الآخر فإن القول قوله فيما يلزمه، فإن رجعت هي إلى قوله كان لها جميع الصداق، وإن رجع هو إلى قولها سقط عنه نصفه، هذا على قول من يعتبر ذلك، وعلى القول بعدم اعتباره فإن لها أن تأخذه بالجميع، وإن كانت معه على الإنكار، قاله سحنون. وقيل ليس لها أخذه وإن رجعت إلى قوله وصدقته إلا أن يشاء أن يدفعه إليها، قاله ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب النكاح، وقاله أيضا في سماع عيسى في دعوى الورثة^١، ولا فرق (15).

قلت: ولا فرق بين هذا ومن أقر لشخص بحق وهو ينكره أن الحكم واحد وحصل المتيطي فيها سبعة أقوال.

فإن اعترف الزوج بالمسيس في القبل استحققت الزوجة الصداق من غير خلاف، وإن اعترف بالإصابة في الدبر؛ فقليل تستحق الصداق بذلك كاملا، قاله مالك. وقال غيره: لا تستحقه. قال أبو الحسن اللخمي: وهو في البكر أبعد؛ لأن البكر يزاد في صداقها لمكان البكارة، ويحلف أنه ما رضي بذلك عوضا عما بذل لها من الصداق، فإن افتضاها بأصبعه وكانت ثيبا فلا صداق عليه، واختلف إن كانت بكرا فأذهب عذرتها بذلك؛ فقال ابن القاسم في كتاب محمد: يلزمه الصداق لأنه فعل بها ذلك على وجه الافتضا، وقال غيره: عليه ما شأنها كالأجنبي يفعل بها ذلك.

فإن ادعى الزوج على زوجته أنه طلقها على عشرة دنانير، وقالت هي على غير شيء كان القول قولها على المشهور، وتحلف، وقال في الشاذ إن وافقته على ما قال وإلا عادت له زوجة بعد يمينه على دعواه أنه خالع على عشرة دنانير كالبيع للسلعة، والخلع معاوضة عن البضع تملك به المرأة بضعها، ويملك هو العوض ملكا تاما، ولا يفتقر إلى حيازة على المشهور (16)، وفي كتاب محمد ما يدل على أنه يفتقر إلى حيازة، وهو شاذ.

^١ سقط من خ ٢ قوله (في دعوى الورثة) .

انصرم عليه الأجل ولم يأت بشيء وعجز عجزه السلطان، وحكم عليه بدفع النقد وما حل من الكالئ، فإن دفعه إليها برئت ذمته منه وبقياً على حكم الزوجية من إجراء النفقة عليها، والتوارث بينهما إن مات أحدهما.

فإن كانت قامت لها البينة بخلوه زيارة فقط (8)، ففيها خمسة أقوال: الأول إن كانت الخلوه عند أهلها صدق، وإن كانت عند أهل الزوج صدقت، قاله في المدونة (9)، الثاني القول قولها مطلقاً حيث كانت الخلوه، قاله مالك في كتاب محمد، الثالث القول قوله مطلقاً حيث كانت الخلوه، قاله عيسى كانت ثيباً أو بكراً، الرابع القول قولها إن كانت ثيباً وإن كانت بكراً نظر النساء إليها فشهادتهن دليل لصحة دعواها، أو بطلانها، الخامس قال ابن خويزمنداد: (10) أما القياس فلا يقبل قولها، وأما الاستحسان فقبوله مع يمينها؛ لأن تلك الحالة مما لا يمكن أن تقوم فيها البينة، واختلف في يمينها، ففي كتاب ابن الجهم (11)، وكتاب محمد، عليها اليمين. وقال ابن المعذل: (12) لا يمين عليها، وهذا إذا أقر الزوج بالخلو، أو قامت بينة بها؛ فإن لم يكن إلا مجرد دعواها حلف الزوج، وبذل نصف الصداق إن طلق^١.

فإن كان خلا بها، ثم طلقها^٢ فلا يخلو من أربعة أحوال: الأول أن يتصادقا على المسيس، أو على نفية، أو تدعيه، وينكره^٣ أو يدعيه هو، وتنكره هي، فتتعلق بالمسألة ثلاثة حقوق؛ حق لها، وحق له، وحق لله عز وجل، فحقوقها هي أربعة: إكمال الصداق والسكنى والنفقة والإحلال، وحقوق الرجل ثلاثة: الرجعة وقبول قوله في دفع الصداق، وفي سقوط نصفه، وحقوق الله سبحانه ثلاثة: العدة والإحصان والإحلال، لنهي عز وجل عن الرجوع حتى تنكح زوجاً غيره، وفيه حقها إن ادعته، لأنها ممنوعة قبل الدخول بالثاني من الأول.

فإن تصادقا على نفى المسيس وكانت بكراً هل يسقط حقها ببنائه عليها أم لا؟ قولان: إن كانت الخلوه خلوة بناء (13)، وإن عجز عن الإصابة وأقر بالاعتراض أجل سنة، فإن انقضت السنة وادعت^٤ الإصابة، قيل تصدق، وقيل ينظر إليها النساء، وهل يكون لها الصداق كاملاً أم لا؟ خلاف .

^١ سقط من خ ٢ قوله (إن طلق) .

^٢ سقط من ت قوله (ثم طلقها) .

^٣ سقط من خ ٢ قوله (أو تدعيه وينكره) .

^٤ في خ ١ ، خ ٢ ، س (وادعى) .

في الأيمان بالطلاق منهن من تجوز شهادتهن لها في الحقوق (4). وقال في العتق الثاني تقبلان في الحقوق للزوجة، قيل إلا أن تكونا من الأمهات، أو البنات، أو الأخوات، أو الجدات، أو العمات، أو الخالات، أو من هو منها بظنة فلا (5).

قلت: قال ابن دبوس: والنفقة في خلال ذلك الخصام على الزوج. قاله ابن العطار، قال: لأنه منكر لطلاقها. ولسحنون فيها قولان باللزم وعدمه .

قلت: ويجرى فيها من الخلاف ما نذكره في باب الإقرار فيمن أقر له بمال وهو ينكره. انظر ما سبب سقوط شهادتهما عند سحنون؛ إن كان لأجل أن الطلاق^١ لا يثبت بشهادة النساء، فنقول هذا مسلم لم يجب بشهادتهن طلاق، وإنما وجب بشهادتهن اليمين، واليمين بشهادة النساء^٢ مما لا يخالف فيه سحنون.

فإن نكل الزوج عن اليمين وشهد عليه بالنكول، ثم أراد أن يحلف بعد نكوله، هل له ذلك أم لا؟ فعلى رواية أشهب ليس له ذلك، وهو القول بأن النكول مع الشاهد يقوم مقام شاهد آخر، فإن لم تقم لها بينة على الطلاق هل يحال بينه وبينها أم لا؟ وإن قلنا بأنه يحال ما مقدار ما يحال بينهما؟ فقال ابن بشير: (6) يحال بينهما الأيام، وقيل الجمعة؛ فإن لم تأت بشيء ردت إليه، وإن أتت بشهادة شاهد واحد حيزت عنه، وفسح لها في الأجل؛ فإن عجز^٣ كان الحكم كما تقدم.

فإن ادعت الزوجة على زوجها أنه أصابها، وأرعى الستر عليها (7)، قلت: قالت فلانة بنت فلان الفلاني إن فلان بن فلان الفلاني تزوجها في تاريخ كذا، على صداق نقده كذا، وكالته كذا، وإنه قد دخل بها دخول بناء، ومسها فيه، وأن نقدها المذكور، وما حل من كالته باق في ذمة زوجها المذكور إلى الآن، فحضر الزوج المدعى عليه المذكور، وقرئ عليه المقال المذكور، أجاب بأن أنكر البناء المذكور إنكارا كلياً، وحكمها تكلف المرأة إثبات البينة، وتوكل فيها على ما مضى العمل في التأجيل؛ فإن أثبتت في خلال ذلك أنه دخل بها دخول بناء، وأرعى الستر عليها، أعذر للزوج في ذلك؛ فإن ادعى مدفعاً في تلك البينة أجل أيضاً في ذلك، مثل الأجل المذكور، فإن

^١ سقط من ح ٢ قوله (أن الطلاق)

^٢ (فنقول هذا مسلم ... واليمين بشهادة النساء) سقط ذلك من ت .

^٣ هكذا في كل النسخ ولعل الصواب (عجزت) بناء التأنيث ليستقيم المعنى .

النوع الثاني

في الطلاق، والخلع، وما يتعلق به من الإقرار، والإنكار

امرأة قامت مدعية على زوجها أنه طلقها، قلت: قالت فلانة بنت فلان الفلاني أو وكيلها فلان بتوكيلها إياه على ذلك: إن زوجها فلان بن فلان الفلاني طلقها طليقة واحدة مملكة ملكها بها أمرها دونه^(١)، فحضر الزوج المذكور وقرئ عليه قولها وسئل منه ما عنده فيه أجاب بأن أنكر جميع ما نسبته إليه زوجته المذكورة إنكارا كلياً، فتكلف الزوجة المذكورة البينة على صحة دعواها المذكورة^١ فان أثبتتها أعذر فيها لزوجها المذكور، فإن عجز عن المدفع طلقت عليه وألزمته بالعدة^٢ وألزم هو بكراء المسكن فيها إن كانت ممن تحيض بثلاث حيض، وإن كانت ممن لا تحيض فثلاثة أشهر، وإن كانت حاملاً فبوضع حملها.

فإن كانت المسألة بحالها ولم يقر وأتت بشاهد واحد وامرأتين، وأعذر إليه فيه أو فيهما، وعجز عن المدفع، قال ابن دبوس: قال ابن القاسم: يحلف على تكذيبها، وتبقى له زوجة. قلت: وهو قوله في المدونة^(٢). وقال أشهب: إذا قويت ناحية التهمة حلف، فإن حلف أمرت أن لا يأتيها إلا وهي كارهة، ولا تتزين له ولا تنطيب، وتدافعه عن الإتيان ما استطاعت، فذلك يخرجها من الإثم. قال ابن دبوس: وإذا قدرت أن تفتدي بمالها كله فعلت، وهذا قول مالك، فإن نكل عن اليمين ففي ذلك أربعة أقوال: يسجن حتى يحلف أو يطلق، وإلى هذا رجع مالك. قال ابن القاسم: وقوله الآخر أحب إلي^(٣). قال بعض الموثقين: وبه القضاء، وعليه العمل، وعلى السجن، قيل يسجن سنة فإن حلف وإلا أطلق ودُين. قال بعض الموثقين^٢: وبهذه الرواية القضاء، وعليها سجل المتيطي. وقيل تطلق عليه مكانها، وتعتمد من يوم الطلاق. نقل هذه الأقوال الثلاثة ابن دبوس من غير توجيه، وزاد غيره الرابع عن سحنون، وهو يفرق فيه بين نكوله مع^٤ شهادة الشاهد وبين نكوله مع شهادة المرأتين فقال: أما مع شهادة المرأتين فلا يمين، فإذا سقطت اليمين فلا تأثير للنكول. قال

^١ (إنكارا كلياً ... دعوها المذكورة) سقط ذلك من ت.

^٢ سقط من ت قوله (بالعدة).

^٣ (وبه القضاء ... قال بعض الموثقين) سقط ذلك من ب.

^٤ سقط من خ قوله (نكوله مع).

عجزه القاضي، وطلقت عليه طلاقه بائنة؛ لأنها قبل البناء، واختلف في الصداق هل يلزمه نصفه أم لا؟ قولان: المشهور منهما لزومه، وبه الحكم، والثاني لسحنون: عدم لزومه، وعمله بأن الطلاق جاء من قبلها.

فإن كان هو الطالب للبناء بالزوجة كان لها أن تمسك نفسها حتى تقبض نقدها، وما حل من كائنها على المشهور من المذهب إن كانت رشيدة، وإن كانت سفيهة كان ذلك لأبيها أو وصيها أو لمن يقدم القاضي عليها إن كانت مهملة.

فإن طلبه الأب^١ بالصداق الحال، وبالنقد، وطلب الزوج من الأب أن يؤخره فيه، أو يسقط عنه من ذلك شيئاً فهل له ذلك أم لا؟ قلت: إن رضي والد الزوجة البكر بوضع نصف الصداق عن الزوج، أو تأخيره به جاز على قول ابن القاسم في كتاب محمد، ومذهب المدونة لا يجوز إلا عند الطلاق (91)، وفي المسألة قول ثالث: أن ذلك يجوز^٢ إذا كان برضاها؛ لأنه من أمورها البدنية، وبنوه على ما قرروه في إلزام النفقة على نفسها مخافة الطلاق، أو رضيت بسكنى دارها من غير شيء يجب على الزوج كذلك أيضاً مخافة الطلاق، أن ذلك يلزمها وبذلك أفتى^٣ فقهاء الأندلس خلافاً للشعبي (92) في إسقاط النفقة.

فإن أصر الأب أو أسقط عن الزوج خير الزوج في القبول، أو الرد، فإن مات الزوج وادعى الورثة القبول فالبينة على الأب أن الزوج لم يقبل، فإن عجز عن البينة حلف الورثة وسقط عنهم الموضوع وإن نكلوا حلف الأب، وثبت له الصداق كله، هذا مذهب ابن القاسم، وخالفه أشهب، وقال: لا يشترط القبول لأنه في الدمة.

^١ في ت (الزوج) .

^٢ في ت (لا يجوز) .

^٣ سقط من خ ٢ قوله (أفتى) .

^٤ سقط من خ ١ حرف (لا) .

فإن كان قيامه بعد تمام سنة من حين الدخول لم يكن له ذلك إلا بينة تشهد له، ويحلف، ويستحق ما فضل على الشروط المتقدمة، فإن وجد الشيء الذي ادعى عاريته بعينه لا إشكال، وإن وجدته قد هلك فإن كانت الزوجة لا علم عندها بالعارية، أو كانت سفيهة فلا ضمان عليها؛ لأنه سلطها على ذلك، وإن كانت رشيدة وعلمت بالعارية واستهلكتها ضمنت ما استهلكته، وكذلك يضمن الزوج ما استهلكه إذا علم بالعارية، وإن لم يستهلك هو شيئاً فلا ضمان عليه فيما استهلكته الزوجة؛ علم بالعارية^١، أو لم يعلم؛ فإن طال الزمان فلا يصدق الأب، كان الأصل له معروفاً، أو لم يكن، وإقرارها لأبيها بعد رشدها^٢ للزوج فيه مقال، يرجع للزائد على ثلث^٣ مالها الذي تزوجها عليه، ويحكم به لابنته لأجل طول حيازتها له.

فصل: فإن تداعى الأب مع الزوج في الدخول بابنته تقول: قام فلان بن فلان الفلاني عند قاضي مدينة كذا مدعياً أن فلان بن فلان الفلاني زوج ابنته فلانة البكر، وطال^٤ إملاكه بالبنات المذكورة، فطلبه الآن بأن يدفع له نقد ابنته المذكورة ليجهزها به، ويبنى بزوجه المذكورة، فحضر الزوج المذكور^٥ وأجابه إلى ذلك، ودفع له النقد المذكور ليجهزها به، ويصرفه في مصالح البناء بابنته المذكورة، وجعلاً للبناء أجلاً يعمل فيه والد الزوجة المذكورة ما يصلحها لبيتها، ويشهد على الأب بالتزامه الأجل المذكور، وبرائة ذمة الزوج المذكور من النقد المذكور.

قلت: وهل للأب أن يتكلم في ذلك بغير توكيل الابنة أو لابن من توكلها؛ لأن ذلك من أمورها البدنية؟ فالأول هو مقتضى المذهب، والثاني هو لابن رشد وابن عتاب.

فإن طلب والد الزوجة زوج ابنته بالبناء، وادعى الزوج العسرة بالصدّاق كلف إثبات العدم وأعذر فيه للأب، وللزوجة إن كانت مالكة أمر نفسها، وأجل أجلاً بعد أجل في البناء^٦ فوق السنة، ولزمته النفقة، والكسوة إن كانت الزوجة ممن تطيق الوطء، فإذا انقضت الآجال، وعجز عن إثبات ذلك

^١ (وإن لم يستهلك ... علم بالعارية) سقط ذلك من خ ١ .

^٢ في خ ٢ (شهدها) .

^٣ سقط من خ ٢ قوله (ثلث) .

^٤ في ت (وطلب) .

^٥ سقط من خ ١ قوله (فحضر الزوج المذكور) وفي ت (فجهز أبوها المذكور) .

^٦ سقط من ب قوله (في البناء) .

بالعارية المذكورة، فكلّف الأب إثبات دعواه المذكورة لكون قيامه بها قبل مضي سنة من تاريخ البناء، فأتى برسم مشهود عليه بذلك نصه: بعد أن أحضر فلان الجهاز الذي أوردته بيت البناء بابنته المذكورة أشهد أن جميع ما شورها به من الثياب التي هي كذا، والفراش الذي هو كذا، والحلي الذي وزنه كذا، فممنه من نقد صداقها كذا، وباقيه هو عارية لها منه، لتتجمل به مع زوجها المذكور ما أبقي تلك الشورة عندها، وله أن يسترجعها متى شاء، وفي أي وقت أحب، فمن شهد بذلك وعاین^١ الشورة المذكورة كما ذكر قيد به شهادته في كذا، فيطلب القاضي من شهوده الأداء ويعذر للزوج والزوجة في ذلك؛ فإن لم يكن عندهما فيه مدفع، وثبت ذلك كله بموجب الثبوت لديه، أمر القاضي الأب المذكور أن يقوم تلك الشورة بأجمعها بأهل البصر بذلك، ويسقط من تلك القيمة ما قبضه من الزوج من الصداق، وتثبت له العارية فيما بقي من القيمة بما يقابلها من الشورة مما لا تدعو الضرورة إليه عند الزوجين، وصار على ملك الأب ينتفع به، فإن شاء أبقاه في بيت ابنته، وإن شاء حمّله، وتشهد على القاضي بإفاد ذلك كله بعد الإعدار فيه لمن يجب أن يعذر إليه فيه.

قلت: هذا إذا كانت سنة أهل البلد جرت على أن الأب لا يزيد في شورة ابنته على صداق الزوجية شيئاً، وإن جرت العادة أن الأب يزيد زيادة على صداق ابنته من ماله عمل على العرف في ذلك، والأصل في ذلك قول عمر رضي الله عنه (تتكح المرأة لمالها وحسبها ودينها فعليك بذات الدين تربت يداك) (٩٠). فالعرف لا بد من مراعاته.

فإن كان الأب لم يشهد على تلك العارية، وقام بحدثان الدخول قبل انقضاء السنة كان ذلك له بثلاثة شروط: أحدها: أن يبقى عما ادعى فيه العارية وفاء بالمهر إما بقدره، أو بأكثر منه، ويراعى أيضاً هاهنا العرف كما قدمناه. الشرط الثاني: أن يكون قيامه قبل انقضاء السنة من يوم تاريخ الدخول. الشرط الثالث: أن يحلف أن إخراج له لذلك، وإبرازه إنما كان على وجه العارية، فإذا استوفيت هذه الشروط نفذ القاضي الحكم كما تقدم.

^١ في خ ٢ (رعاية) .

والدها، أو وصيها، وقرئ عليه ذلك، وسئل منه ما عنده في ذلك؟ فأجاب بدعوى البراءة من النقد المذكور؛ لكونه أوردته جهازاً لبيت البناء بالزوجة المذكورة مع زوجها المذكور .

قلت: فإن كان القابض لها لنقدها المذكور وليها فقال ابن العطار: الأحسن أن يشهد عليها بالقبض له بمعاينة البينة، وإن كان القابض ولياً، أو وصياً، أو أباً وكان ذلك ثياباً، أو فرشاً، أو اشترى بالنقد ذلك، فتحضر البينة بتوجهه إلى بيت البناء بها حتى يصل إليه، فإن شهدت البينة بذلك فذلك براءة للولي، وللأب، وللوصي، ولا ضمان على الزوج فيما ضاع من ذلك، إلا أن يتطوع^١ بذلك، فإن لم تقم بينة تشهد بتوجه ذلك، ووصوله إلى بيت البناء، ولم تقم بينة للولي تشهد له بدفعه للزوجة، فالقول قول الزوج لما له فيه من حق الاستمتاع، وله قلب اليمين على الزوجة، وتحلف، ويغرم الأب، وهل الوصي بمنزلة الأب في ذلك أم لا؟ قولان للمؤثقتين.

فإن كان التداعي بين الأب، أو الوصي، والمرأة، فالقول قول الأب مع يمينه لحق الزوج، وإن لم يكن لها زوج فلا يمين عليه على المشهور، وإن كان الأب ميتاً فلا كلام لها، فإن كان وصياً فالقول قوله مع يمينه في قول، وعليه الإشهاد في قول.

قلت: هذا الأصل في الأب في الصداق وما بيده لها على وجه الأمانة، وأما ما تحصل في ذمته لها مما ورثته من أمها، أو أوصي به لها، وتحصل ذلك في ذمته فلا يبرأ منه إلا بما تبرأ به الدميم، وأما الولي إذا قبض النقد فهو له ضامن، فلا يبرأ منه إلا بالإيراد، والتوجه، فإن ادعى ضياعه أو بعضه ضمنه، بخلاف الوصي، فإن القول قوله في الضياع، فإن ادعى الأب أنه دفعه إلى ابنته البكر ضمنه.

فإن وهبها الأب ثياباً، أو فرشاً، أوردتها بيت البناء بزوجه بها وأشهد بقبوله بها من نفسه كانت هبة صحيحة لم تفتقر إلى حوز .

فإن جهزها أبوها بفرش وثياب، ثم ادعى عاريته، وقام بذلك. تقول: قال فلان ابن فلان الفلاني إنه أعار ابنته فلانة كذا وكذا مع شورتها التي شورها بصداقها، وأورد جميع ذلك بيت البناء بابنته^٢ المذكورة، فحضرت هي وزوجها المذكور، ووافقا على إبراد الشورة المذكورة، وقالوا: لا علم لنا

^١ في ت (ينقطع) .

^٢ في خ (بالينة) .

وتستبدل به جهازاً غيره مما لا بد لها منه، هذا كله في قدر الجهاز، وأما ما زاد على قدر جهاز^١ مثلها فلها أن تمسكه، وتصرفه فيما شاءت، ما لم يكن تبرعاً ويكون أكثر من ثلثها.

فإن كان عينا، وكان الحكم أن تتجهز به إلى بيتها^٢، فهل لها أن تنفق منه وتكتسى قبل أن يبني بها زوجها أم لا؟ قال مالك: ليس لها ذلك إلا أن تكون محتاجة فتأكل وتكتسى بالمعروف، وهل^٣ لها أن تقضي منه دينها أم لا؟ قال في ديات المدونة: لا تقضي منه إلا اليسير كالدينار ونحوه، وقال الداودي: (85) لها أن تقضي منه دينها، ومثله لابن وهب في المبسوط (86). وهذا كله قبل البناء، وأما بعد البناء فلها قضاء دينها من شوار بيتها، ومن كالي صداقها، وليس لذلك حد، رواه يحيى عن ابن القاسم (87)، وقال ابن حارث: إنما ذلك في الدين المستحدث، وأما الدين القديم فلا، وفعل أبيها في ذلك إن كانت بكراً جائز كما جاز لها.

وإن كان ذلك سياقة ساقها الزوج، فهل لها أن تبيعه إن كانت ثيباً، أو أبوها إن كانت بكراً؛ في ذلك قولان: قيل لها ذلك، وقيل ليس لها ذلك؛^٤ لما للزوج فيه من المنفعة، أصلاً كان ذلك أو غيره، فإن طلقها قبل البناء فعليها نصف الثمن ما لم تحاب، فإن حابت كان عليها نصف القيمة (88). وأما ما حل من الكالي قبل البناء هل لها أن تمنع نفسها حتى تقبضه كالنقد، أو ليس لها ذلك؟ قولان: وعلى القول بالمنع تتجهز به وهو المشهور، قاله بعض الموثقين. وقال الواقيدي (89) في روايته عن مالك: إنها لا يلزمها ذلك، وقاله سحنون.

فإن كان تداعيها في النقد تبني على ما تقدم بأن تقول: قام عند قاضي الجماعة بمدينة كذا وهو فلان بن فلان الفلاني فلان بن فلان الفلاني^٥ مطالباً لزوجها فلانة بنت فلان الفلاني إن كانت مالكة أمر نفسها، أو أبوها إن كانت في ولايته، أو وصيها إن كانت مولى عليها، وادعى أنه دفع نقد زوجته فلانة المذكورة ولم تبرز له جهازاً، فحضر من ناب عنها بتوكيل إن كانت مالكة أمر نفسها، أو

^١ (غيره مما لا بد ... قدر جهاز) سقط ذلك من ب.

^٢ في خ ٢ (إلى أبيها).

^٣ في ت (وهذا).

^٤ سقط من ت قوله (وقيل ليس لها ذلك).

^٥ سقط من ب، خ ١، خ ٢ قوله (فلان ابن فلان الفلاني).

فيها؛ فقليل لها الأخذ بشرطها، وهو دليل ما في المدونة في الأيمان بالطلاق(82)، وقيل ليس لها ذلك، وفرق بعض الموثقين في الشرط بين أن يكون متبرعا به أو مدخولا عليه؛ فإن كان متبرعا به كانت له نيته، وإن كان غير متبرع عمل على لفظ الشرط، واختاره المتيطي.

فإن غاب عنها مع وجود الإشهاد بالشرط، والمغيب، وطلقت نفسها، ثم راجعها وغاب، هل يتكرر الشرط بتكرار الفعل، وهو قول مالك، نقله عنه محمد، وقال حتى تبين بالثلاثة، أم لا يتكرر، وهو قول محمد(83). قال المتيطي: وما وقع^١ في المدونة معناه فيما كان من قبله وأما ما كان من قبلها فلا يتكرر.

التداعي في الجهاز: فإن ادعى الزوج على الزوجة أو على وليها الجهاز، قلت: قال فلان بن فلان الفلاني إن زوجته فلانة بنت فلان الفلاني قبضت منه نقدا صداقها المنعقد عليه الزوجية بينهما. وقدره كذا وكذا دينارا، ولم تخرج له شيئا يليق بصداقها المذكور، فحضرت الزوجة المذكورة وسئل منها ما عندها في قوله فوافقتة على قوله في مقدار^٢ الصداق، وما أخرجت^٣ له من الجهاز، واختلفا في قيمته وفيما يليق بأمثالها.

قلت: فيأمرهما القاضي بإحضار أهل المعرفة بقيم الثياب، والفرش، فإن أحضراهما وقوما ذلك نظر أهل المعرفة أعنى أهل تلك البلدة التي وقع نكاحهما فيها؛ فإن قالوا: العرف في الجهاز من أمثال هذين الزوجين كذا، فيعذر للزوج فيه، فإن لم يكن له فيه مدفع عمل عليه وحكم بين الزوجين به(84).

فإن كان الصداق عرضا أو طعاما وجب عليها بيعه، والتجهز بثمنه، قاله بعض الموثقين خلافا للخمى، سواء كان مما يليق أن تتجهز به، أم لا. وقال غيرهما: لها أن تتجهز به على حاله، أو تبيعه

^١ (عنه محمد ... وما وقع) سقط ذلك من خ ٢ .

^٢ في ت (إقرار) .

^٣ في خ ٢ (أو خرجت) .

^٤ سقط من خ ٢ قوله (كذا) .

هي^١، إذا شهد عليها بضرره، وثبت ذلك، فهل يطلق يده على أدبها أم لا؟ قلت: إن كان رجلاً صالحاً فنعم، وإلا فلا، بل يتولاه نساء إن وجدن صالحات وإلا الأمثل فالأمثل.

فإن عمى أمرهما وانبههم حالهما على القاضي فإن رأى إسكانهما مع ثقة، أو إسكان ثقة معهما، فقولان لمطرف وأصبغ في الواضحة، والعتبية، ولسحنون في كتاب ابنه، ويقضى عليه بهذا القول، وخالف ابن الفخار، وابن لبابة (76) في ذلك، فإن تهادى الإشكال بعث الحكمين (77).

ونزلت بين خطيب القرويين الفقيه الوريثي (78) والشرقي عام (...) فحكم فيها بمحضر فقهاء الوقت وأمير الدولة وفرقوا بينهما.

فإن ادعت الضرر، وأنكر هو كلفت إثباته بالقطع، أو بالسماع، فإن أفادت بينة السماع العلم كانت كالأولى وإلا فتحلف معها.

التداعي في المغيب: فإن ادعت عليه أنه التزم لها أن لا يغيب عنها غيبة قريبة، ولا بعيدة قبل البناء أو بعده أزيد من ستة أشهر، وقالت: إنه التزم لها فيه أن لا يقطع تلومها شرطها (79) وأنه صدقها في دعواها، وفي المنقضى من الأجل، وأنه غاب أزيد من ستة أشهر، فأرادت الأخذ بشرطها، وذلك بعد أن قدم من مغيبه، فحضر الزوج المذكور، وقرئ عليه قولها فوافق عليه، فحين لم يخالفها في قولها هل تطلق نفسها عليه طلاقاً واحدة كما شرطت أم لا تطلق لأنه قدم؟

قلت: قال البرزلي: قال ابن نافع: ليس لها ذلك. وفي وثائق الباجي (80) لها ذلك، ورجح الأول، وقال: لا يلتفت إلى ما في وثائق الباجي، وعلى ما في وثائق الباجي سجل المتيطي، ووجهه، وبالأول أفتى ابن رشد في أجوبته. فانظره (81).

فإن ادعت والمسألة بحالها إلا أنها لم تدع عليه شرطاً قبل البناء، فحضر ووافق على الشرط، وادعى أنه غاب قبل البناء بها، وأن مراده أن لا يغيب عنها إنما هو بعد دخوله بها، فاختلف في الحكم

^١ سقط من خ ٢ قوله (وكذلك هي) .

^٢ بياض في كل النسخ .

^٣ سقط من خ ٢ قوله (وإلا) .

^٤ سقط قوله (أم لا تطلق لأنه قدم) من ب ، ت ، خ ، ١ ، ٢ .

^٥ (وفي وثائق الباجي لها ذلك) سقط ذلك من ت .

كل نفقة يحكم بها كنفقة الزوجات، والأباء، والأمهات، وأما من طاع بالنفقة على وجه الإحسان ثم طولب بالكسوة وقال إنما أردت المطعم وحده فلا شيء يلزمه عندي.

فإن طلبته بعد أن عقد عليها بالنفقة فادعى أنه أصابه مرض لا يستطيع البناء بها معه، قلت: قال ابن ديبوس: يلزم بإعطاء النفقة والصداق بخلاف الصبي والصبية؛ لأنه حين العقد كان صحيحاً.

التداعي في الضرر: فإن ادعت عليه أنه التزم لها أن لا يضر بها في نفسها ولا في شيء من مالها، فإن فعل فقد جعل أمرها بيدها، فحضر الزوج وسئل ما عنده في ذلك فأكثر أن يكون التزم لها ذلك، كلفت البينة على دعواها فإن أثبتت شيئاً أعذر فيه لزوجها، وأجل فيه كما تقدم في الآجال، فإن عجز حكم عليه بما ثبت لها، وأخذت بشرطها (73)، فإن لم تكن لها بينة عدل واحد أحلفت زوجها على نفي دعواها، وبقياً على حكم الزوجية.

فإن ادعت عليه أنه ضربها، فحضر، ووافق على ذلك، وقال سبب الضرب كان لأجل كذا وكذا من أمر يحق له زجرها عنه، فينظر للزوج إن كان من أهل الصلاح فهو مصدق في السبب الموجب للضرب، بخلاف غيره فإنه لا يصدق إلا ببينة، وحد الضرب المباح عشرة أسواط، فإن حلف ليضربنها أكثر من عشرة أسواط طلقت عليه، فإن فعل ذلك ثم اطلع علي ضربه عوقب بالزجر والسجن، فإن كان معه أثر جرح، أو شجة، أو فعل لا يفعل بمثلها من الجرائر، فتطلق عليه إن طلبت الفراق؛ لأن هذا من الضرر (74).

فإن اشتكت الضرر من أبويه لسكنائها معهما^١ فيلزم بسكنائها وحدها، أو مع غيرها. قال مالك: ليس له أن يسكنها معهما (75).

فإن اشتكت ضرر زوجها سأل جيرانها إن كان فيهم عدل عن حاله معها، وعمل فيه على مقتضى قوله، وإن لم يكن فيهم عدل أمر بتحويلها إلى حيث يكون جيران عدول، ويكون عمله على ما يشهدون به بينهما، ويؤدب الزوج إن ثبت عليه ضررها، وينهاه عن العودة إلى مثل ذلك، وكذلك

^١ سقط من ب قوله (معهما) .

^٢ سقط من ب قوله (عن حاله معها) .

فإن حلف أن لا يدخلوا عليها أمر بدخولهم عليها، أو خروجها إليهم، ولا يحنث إلا أن يزيد^١ في يمينه ولا بالسلطان فيحنث. انظر من حلف على فعل يقضى به السلطان عليه، هل يحنث أم لا؟ حصل فيه ابن رشد في الشرح ثلاثة أقوال: يحنث، لا يحنث، الفرق بين أن يحلف بمحضر القاضي فيحنث، أو بغير مجلسه فلا يحنث.

فإن كان لزوجها أولاد صغار فإن شرطت عليه أن لا يفرق بينها وبينهم فلا إشكال، وكذلك إن تطوع هو بذلك، وإن لم تشرطهم عليه، ولا تطوع هو بذلك، وأرادت إسكانهم معها وأبى الزوج من ذلك، فلا يقضى عليه بذلك، قاله مالك وابن القاسم في العتبية، وقال مثله عبد الملك في الشريعة^٢ دون الدنية، وأما ذات القدر فلا بد أن يعزلهم عنها، فإن كان لها ولد وعلم به وبني بها وهو معها، ثم أراد إخراجه فليس له ذلك، قاله مالك. وقال عبد الملك: له ذلك إن كان للولد من تدفعه إليه ليكفله ويحفظه، وإلا لم يفرق بينه وبين أمه، وكذلك الحكم في الزوج إذا كان له أولاد من غيرها. وليس للزوج أن يمنع زوجه من إدخال الشهود عليها إن احتاجت إلى ذلك، قاله ابن رشد في شهادات العتبية(70).

النفقة: فإن تطوع الزوج لزوجته بالنفقة على بنيتها وكسوتهم إلى حد سقوط^٣ الفرض عنهم شرعا، وهو الدخول في الإناث والبلوغ في الذكور طول الزوجية بينه وبين زوجته المتطوع لها، جاز ذلك إذا لم يكن انعقد النكاح عليه، فإن كان في أصل عقد النكاح، وكان إلى أجل معلوم جاز عند أبي بكر بن عبد الرحمن(71)؛ فإن مات الولد قبل تمام المدة التي التزم لها، طلبت الزوجة زوجها بما ينوب ما بقي من المدة التي التزم لها؛ لأنه من صداقها. وقال ابن زرب: لا يجوز، ويفسخ النكاح قبل البناء، ويثبت بعده، ويكون لها صداق المثل، ويبطل الشرط.

فإن كان التزم لها النفقة حيث قلنا بجوازها، أو على القول بجوازها في موضع الخلاف، ولم ينص على الكسوة، فهل تدخل الكسوة في لفظ النفقة أم لا؟ فقليل تدخل، قاله ابن زرب واحتج له بقوله عز وجل [وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن](72). وقال ابن سهل: في هذا نظر، وإنما هذا في

^١ في ب (يركى) .

^٢ سقط من خ ١ قوله (في الشريعة) .

^٣ سقط من خ ٢ قوله (سقوط) .

^٤ سقط من ب قوله (قبل البناء) .

بعد الشرط فاختلف هل يلزمه الشرط أم لا؟ فعلى قول ابن القاسم في سماع يحيى يلزمه الشرط؛ لأن التسري هو الوطاء، واشتراطها أن لا يتسرى معها^١ إنما أرادت أن لا يمس معها غيرها، وصححه بعض الموثقين. وقال سحنون: لا شيء عليه في أمهات الأولاد(67) واختار ابن زرب الأول ولم ير قول سحنون شيئاً.

فإن ادعت عليه أنه اشترط لها سكنى مدينة كذا؛ فإن أكرهها على النقلة منها فقد جعل أمرها بيدها في طلبة واحدة مملكة، إلا بإذنها ورضاها، فحضر الزوج المذكور، وقرئ عليه ذلك، فإن وافق على الشرط وادعى أنها أذنت له في الرحيل، فعليه البينة على ذلك، فيؤجل في ذلك على ما مضى في التأجيل، فإن عجز عن إقامة البينة عجزه القاضي، وأوجب له عليها اليمين، فتحلف وتبقى على شرطها، وإن أنكر ذلك الشرط فعليها إقامة البينة، فإن أقامتها وإلا حلف لها الزوج وسقطت عنه دعواها.

فإن ادعت عليه أنه شرط لها في عقد نكاحها زيارة أهلها من ذوى محارمها من النساء، وذوى محارمها من الرجال، ولا يمنعه من زيارتها فيما يجمل ويحل من التزاور بين الأهلين، والقربات، فإن منعها من ذلك فقد جعل أمرها بيدها في طلبة واحدة، وسئل من الزوج ما عنده في ذلك، فحضر زوجها، وقرئ عليه ذلك، فإن لم يوافق عليه فتطلب الزوجة في إقامة البينة على ذلك، فإن أقامتها أعذر إليه في ذلك، فإن أبطلها وعجزت عن بينة أخرى عجزها القاضي لعجزها، وحكم عليه بالمتعارف عليه من الزيارات. قال مالك: مرة أو مرتين في الشهر، وأما في كل جمعة فهو القدر في الجاهلية قبل أن يضرب الحجاب، وأنكر قول من يقول في كل جمعة مرتين، فإن حلف لها أن لا تخرج لزيارة أبويها لم يحنث، ويحكم عليه بدخولهما، وإن حلف على الوجهين قال الجزيري(68) حنثه السلطان في دخولهما لا في خروجها، واعترض ذلك عليه بأن قيل يحنثه مطلقاً(69).

وأما البنون الصغار الذين ليسوا مع^٢ أمهم، فانه يقضى عليه بالدخول على أمهم في كل يوم، وإن كانوا كباراً في كل جمعة، فإن حلف بالطلاق أن لا يدخلوا مرتين عليها أمر بإخراج أمهم إليهم،

^١ (التسري هو الوطاء واشتراطها أن لا يتسرى معها) سقط ذلك من ب .

^٢ سقط من خ قوله (مع) .

فإن شرط لها أنه إن تزوج عليها فالداخلة عليها طالق، فتزوج ولم تعلم حتى ماتت التي تزوجها، أو طلقها، فلها أن تقضي بالطلاق؛ لأن ذلك وجب لها بنفس تزوجه عليها، فإن ولد له ولد من الداخلة^١ وعثر عليه قبل موته وكان مقرا بالشرط وممن لا يعذر بالجهل، فحكمه حكم من طلق زوجته وأقام عليها مقرا بطلاقها، فعليه الرجم، ولا يلحق به الولد⁽⁶⁵⁾، وإن كان جاحدا للشرط مكذبا له فيسقط عنه الحد^٢ ويلحق به الولد^٣.

فإن جعل أمر الداخلة بيد المحلوف لها فطلقها طلاقا بائنا، فهل ذلك باق بيد المحلوف لها أم لا؟ قولان؛ ابن القاسم أبقى ذلك بيدها، وابن الماجشون قال: يسقط ذلك من يدها بنفس الطلاق، وإن كان الطلاق رجعيًا فذلك بيدها قولًا واحدًا.

فإن جعل أمر الداخلة بيد زوجته إن شئت طلقت وإن شئت أبقى فجنت المجعول ذلك بيدها، فقليل لا يتزوج عليها أبداً، ولا يطاء الداخلة، وقيل إذا طال بها الجنون بطل الشرط، وقيل يتزوج، فإن أفاقت فعلت ما كان بيدها من ذلك إن شئت، قاله ابن القاسم، وقيل يمنع من الوطاء حتى تنفيق الأولى فتقضي أو تترك، قاله أصبغ؛ لأنه على حنث⁽⁶⁶⁾.

فإن علمت حين جعل ذلك بيدها، ولم تقض بشيء، فلا قيام لها إلا أن تكون أشهدت عند علمها أن ذلك بيدها، وقيل هو بيدها وإن لم تشهد ما لم تمكنه من نفسها بعد التزوج، أو من المتزوجة عليها، أو يطول ذلك جداً، فإن ادعى عليها علم ذلك وأنكرته كان القول قولها حتى يثبت عليها علم ذلك.

فإن ادعت عليه زوجه أنه شرط لها أن لا يتسرى عليها، ولا يتخذ أم ولد، فتبنى على ما تقدم من المقال، والجواب بموافقة أو مخالفة، فإن وافقها على ذلك، وقال إنما كان ذلك فيما يتسرى أو يتخذ بعد التزويج، لا فيمن عنده يوم التزويج^٤، فإن كان الشرط في أصل التزويج معلق بالحرية فعليه البينة على قوله، وإلا يمينها وتعتق عليه السرية وأم الولد إن مسها، ولها أن تمنعه من مسيسهما، فإن كان في صداقها شرط السرية، وقامت في أم الولد التي كان تقدم له اتخاذها فوطئها

^١ سقط من خ ٢ قوله (من الداخلة) .

^٢ (ولا يلحق به الولد ... عنه الحد) سقط ذلك من خ ١ .

^٣ (وإن كان جاحداً ... ويلحق به الولد) سقط ذلك من ت .

^٤ سقط من ت قوله (لا فيمن عنده يوم التزويج) .

فإن ادعت من غير إسهاد عليه، تقول قال فلان بن فلان الفلاني نائبا في ذلك عن فلانة بنت فلان الفلاني بتوكيلها إياه بشهادة من أشهدته في ذلك إن فلان بن فلان الفلاني التزم لزوجه فلانة شروطا إن فعلها فقد جعل أمرها بيدها في طلبة واحدة مملكة (64) حين عقد النكاح في تاريخ كذا، فحضر فلان المذكور، وأقر بالشروط المذكورة، وادعى أنها لم ينعقد عليها النكاح، وإنما كانت طوعا بعد عقد النكاح وتماه من غير تعليق بطلاق أو عتاق، فلم يوافق على ذلك النائب المذكور وشهد عليه بذلك.

قلت: القول قول الزوج إذا لم تقم للمرأة بينة بدعواها، ويحلف؛ لأنه مدعى عليه، فإن ادعت هي أو وكيلها ذلك، وزعم المدعي منهما أن النكاح انعقد عليها، ولم يقع بها إسهاد اتكالا على العرف الجاري بها بين الناس، وأنكر ذلك الزوج، والعرف كما قالت الزوجة فليست الشروط بلازمة للزوج، لكن له الخيار في التزامها، أو يحل عن نفسه، وهو قول ابن القاسم في رواية عيسى عنه. فإن ادعت الزوجة أنه تسرى عليها، ولم تقم لها عليه بينة فلا يمين لها على الزوج، إلا أن يكون ممن لا يتورع عن ذلك، فتلزمه اليمين. انظر المتيطي.

فإن ادعت الزوجة أنه جعل لها زوجها في رسم صداقها أن الداخلة عليها طالق بنفس العقد عليها ثلاثا، وأنه تزوج بعد البناء عليها فلانة بنت فلان الفلاني في حال عصمتها معه، فبانت منه بالثلاث، فحضر الزوج المذكور، وسئل عن ذلك فوافق على الشرط المذكور، وأنكر أن يكون جعل لها فيه الثلاث، وإنما جعل لها فيه طلبة واحدة، فتكلف المرأة البينة على دعواها، فإن أقامتها أعذر له فيها، ويؤجل في الإعذار كما مر، فإن عجز عن المدفع عجزه القاضي لعجزه، ولزمه طلاق الداخلة بالثلاث، وإن بطلت بينتها أو لم تقم لها بينة حلف الزوج أنه لم يلتزم لها إلا واحدة.

فإن مات الزوج بعد أن اشترط لزوجه أن الداخلة عليها بنكاح أو مراجعة طالق ثلاثا، وقد كان تزوج، فروى عيسى عن ابن القسم ترثه، علم الشهود، أو لم يعلموا، وقال سحنون: لا ترثه، وعلى قول سحنون بنى المتيطي^١، ولم يعينه، ولا ذكر خلافا في ذلك.

^١ سقط من خ ٢ قوله (وعلى قول سحنون بنى المتيطي) .

عشرة أعوام فأكثر، فقيرة، وأن لا ولي لها أو لها ولي عضلها(63)، وخلوها من الزوج، والعدة، ورضاها بالزوج، والصدّاق، وتفويضها إليه عقد نكاحها، وأنها بكر أو ثيب، وفي غير المالكة أمرها أن الزوج كفء لها في الحال والمآل، وأن المهر مهر مثلها. وأما الطارئة فإنها يسأل القاضي عنها صلحاء أهل رفقتها.

قلت: والقاضي لا يزوج أحدا من النساء جبرا إلا من اشتهر فسادها، وثبت على ذلك حالها، فإنه يجبرها، قاله ابن دبوس، وابن عرفة. وقال الغرناطي: وإنما الجبر للأب في ابنته البكر التي ليست بمرشدة، ولا معنسة، ولا ناشرة، أو ابنه الصغير، أو في عبده، أو أمته، أو في مكاتبته، أو الوصي في يتيمة الصغير، أو في عبد من في حجره، واختلف في جبر الأب ابنته المعنسة، والتي عادت إليه بعد البناء وقبل المسيس بطلاق أو موت، والتي سقطت عُدرتها بزنى، أو بنكاح وطلقت قبل البلوغ، أو مات عنها زوجها، والبالغ المولى عليها، والسيد في أم ولده، وكل من فيه بقية رق من تدبير أو كتابة أو عتق إلى أجل، حاشا المعتقد بعضها^١، والوصي في اليتيمة البكر غير البالغ إذا جعل ذلك الأب إليه، أو قال زوجها، وأما إذا قال أنت وصي عليها أو على بعضها^٢ فلا يزوجها إلا برضاها بعد البلوغ.

قال الغرناطي: فإذا عقد الأب على ابنه الصغير فله أن يتحمل^٣ عنه الصداق أو ما شاء منه، فإن سكت عنه الموثق، ولم يذكر على من هو فهو على الابن إذا كان له مال في حال النكاح، فإن لم يكن له مال كان على الأب.

فان تداعيا في الشروط وكان التزم لها شروطا، وادعى عليها أنها أسقطتها عنه، هل تجب له عليها يمين أم لا؟

قلت: قال الغرناطي: فإن كان ألزم والد الزوجة لزوج ابنته شروطا انعقد النكاح عليها فليس لها أن تسقط عن الزوج منها إلا ما كان أمرها بيدها، فدعواه عليها الإسقاط إذا لم يجعل ذلك بيدها لا يوجب له يميناً عليها؛ لأنها لو أقرت له لم ينفعه إقرارها.

^١ سقط من قوله (حاشا المعتقد بعضها)

^٢ في خ (بعضها) .

^٣ (يجعل) هكذا في ب، ت، خ، س .

نقده كذا، وكالته كذا، على أجل كذا، وأن ذلك كان عن إذنه وموافقته بعد وقوعه، فحضر الوصي المذكور وسئل منه ما عنده في ذلك، فأجاب بأن أنكر قولها إنكاراً كلياً، فأجلت^١ في إثبات دعواها على ما مضى من التأجيل، فإن أتت بشيء أعذر فيه للوصي، وإن لم تأت بشيء عدا سكوته عنه وحضوره الدخول أو العلم وطول السكوت فهو كاف، وإلا أحلفته أنه ما علم وفسخ النكاح، وللوصي إمضاؤه إن رآه سداً، وإن رآه غير سداً رده، وترك لها ربع دينار؛ نظيره العبد يتزوج بغير إذن سيده ويقر بالنكاح أو يسكت بعد علمه بدخوله على امرأته، إن خيار السيد ساقط، ويجب غرم العبد الصداق في ماله. قال ابن رشد رحمه الله: ولا يدخل في هذه المسألة ما في السكوت من الاختلاف هل هو كالإذن أم لا؟ انظرها رواية وشرحاً في المسألة الرابعة من ورقة الرهون من سماع عيسى من كتاب النكاح^٢ (61). قال اللخمي: إنما كان لها ربع دينار لعلمها أنه سفيه، وإن لم يعلم واختار رد النكاح ففي قدر ما يترك لها صداقاً أربعة أقوال: فلمالك ربع دينار، ولابن الماجشون لا يترك لها شيء، ولابن القاسم في كتاب محمد يجتهد في الزيادة لذلك القدر، ولأصبغ تزداد قدر ما يرى، ولا يبلغ به صداق مثلاً. قال اللخمي: يريد إذا غرها فهو غرر شاركة إذن.

فصل: فإذا قدمت المرأة إلى القاضي وطلبت أن تتزوج فيسألها القاضي هل هي بكر أم ثيب؟ فإن قالت^٣ أو قيل عنها إنها بكر، سألها هل لها أب أم لا؟ فإن قالت لها أب أمره بتزويجها، وإن قالت أو قيل عنها إنها لا أب لها سأل عنها، هل هي بالغ أم لا؟ فإن قيل له هي بالغ سأل عنها، هل تزوجت قط أم لا، فإن قيل له لم تتزوج، سأل هل لها ولي من قرابتها، أو وصي من أبيها، أو مقدم من قاض؟ فإن قيل له لا ولي لها ولا وصي عليها من أب ولا مقدم من قاض كلفها القاضي إثبات ذلك مع ما تحتاج إليه من شروط، فمجموع ما تحتاج إليه من شروط قال الغرناطي: (62) أربعة عشر فصلاً: وهي أن تكون المرأة حرة، صحيحة، غير مُحَرَّمة، ولا مُحَرَّمة على النكاح، بالغاً أو بنت

^١ في ت (فأجلت) .

^٢ (انظرها رواية ... كتاب النكاح) سقط ذلك من ب .

^٣ عبارة (فإن قالت) سقطت من ب .

من فائدة طرأت عليها من وجه لم يجب لأن ذلك لم^١ يتزوجها عليه قط، بخلاف الأول، وبما عند عياض رأيت به فتيا في المسألة للفقهاء أبي الضياء مصباح(60).

فإن ادعى رجل مع امرأة فادعت المرأة نكاح غيره وادعى هو نكاحها^٢، وقامت لكل واحد منهما بينة، ولم تؤرخ البينتان الوقت، فإن النكاحين يفسخان؛ تكافأت البينتان أم لا ما لم يدخل بها أحدهما فتكون لمن دخل بها، ويقال للآخر أقم البينة أن نكاحها كان قبل هذا، وهذا إذا اتحد الولي فإن تعدد الولي كان الحكم غير هذا.

فإن ادعى رجل أنه وكله غائب على عقد نكاح ابنته البكر فزوجه من رجل، ثم قدم الغائب وأمضى فعل العاقد، قلت: يكلف الأب البينة أنه كان أمره بتزويج ابنته قبل أن يعقد عليها، فيتأجل الأب والزوج في إثبات ذلك، فإن أتى ببينة أقر النكاح بعد الإعدار وإن لم تقم بينة فلا يصدق، ويعد أنه حين قدم مجيزاً لما فعله العاقد فيفسخ النكاح بطلقة على كل حال. انظر اللخمي. فإن كانت المسألة بحالها إلا أن البنت ثيب فيبقى النكاح على ما عقده الرجل، إلا أنه يعذر للزوجة إن كانت منكراً للعقد، أو مدافعة للزوج بسبب يوجب الفسخ للعقد^٣، وإن كانت مقرة بالنكاح على الوجه الجائز فلا إعدار لها.

فإن ادعى رجل نكاح امرأة، وأقر الولي به، وزعم الزوج أن الولي عقد على المرأة من غير موافقتها، وأراد فسخ ذلك، واحتج لفساده أنه لم يشهد على المرأة بالإذن، ولا بالرضا، فيؤمر بإحضار المرأة، وتسأل عن النكاح هل عقده الولي بأمرها ورضيت بالزوج أم لا؟ فإن أقرت أن عقد النكاح كان برضاها وأمرها فالقول قولها، فإن طلق قبل البناء لزمه نصف الصداق، وإن مات عنها وجب لها جميع^٤ الصداق، والميراث، ولا قول للورثة، وإن وافقت على قول الزوج فسخ ذلك النكاح.

فإن ادعت زوجة نكاح مولى عليه تبني على ما تقدم في التقييد، قالت فلانة بنت فلان الفلاني: إنها تزوجت فلان بن فلان الفلاني المحجور الموصى عليه فلان بن فلان الفلاني على صداق

^١ (لأن ذلك لم) سقط ذلك من خ ٢.

^٢ (للفقيه أبي الضياء ... وادعى هو نكاحها) سقط ذلك من خ ١.

^٣ في س (للعنوان).

^٤ في خ ٢ (نصف).

اللخمي وقال أصبغ: هي ضامنة وإن قامت البينة على ضياعه، وهو المرجوح، وإن كان عرضاً مما يغاب عليه وادعت ضياعه فإنها لا تصدق على ضياعه، وإن علم ضياعه فلا ضمان عليها، وإن كان مما لا يغاب عليه كالعبد والدابة فتصدق في الضياع والموت في غير جماعة، ولم تصدق إن كان في حضر أو في جماعة.

وكذلك الحكم في الصداق يكون عينا وتشتري به ما تتجهز به وتدعى ضياعه فإن ادعت ضياعه^١ في حال العصمة صدقت، وليس للزوج^٢ أن يكلفها غرمه للتجهز به، وتحلف على ضياعه، وهو المستحسن عند اللخمي. وفي العتبية أنها تتجهز بمثله إن لم تقم على الضياع بينة، وهو المرجوح. فإن اشترت به ما يصلح لجهازها، ثم طلقها كان لها نصفه، وليس لها أن تحبسه وتدفع العين، ولا له أن يدعه ويطلبها بنصف العين، وإن اشترت بصداقها ما لا يصلح كانت مصيبته منها، وعليها في قول مالك إن لم تطلق أن تتجهز له بمثل ما قبضت (58)، فإن اشترت به من الزوج متاعاً يصلح أن يكون جهازاً أو ما لا يصلح كدار أو عبد كان هو الصداق، وكأنها تزوجت به، وإن طلقها كان لها نصفه، قاله محمد ابن المواز، فإن كان عليها غبن فيه فهي وضيعة منها، وإن كان عليه فيه غبن فهي زيادة منه لها، وليس عليها أن تتجهز بمثل ذلك إن لم تطلق إذا أخذت داراً أو عبداً. انظر اللخمي.

فإن كان الصداق عينا وكانت العادة أن تتشور به فإنها تمنع أن تنفق منه أو تكتسي، قال مالك إلا أن تكون محتاجة فتنفق وتكتسي بالمعروف (59)، وأما قضاء دينها منه فليس لها ذلك قبل البناء إلا ما خف كالدينار ونحوه، قاله في ديات المدونة، ولها ذلك بعد البناء في شوار بيتها وكالتي صداقها، وليس لذلك بعد البناء حد، وكذلك لو ماتت بعد البناء.

قلت: وليس لها أن تهب من مالها، ولا أن تتحمل إلا بإذن زوجها فيما زاد على الثلث، وهل المراعى ما بيدها من المال حين التحمل أو الهبة أو حين تزوجها زوجها؟ قال عياض في التنبهات: إنما له التكلم فيما كان لها من مال حين نكاحه وما يرجى لها من ميراث ظاهر وشبهه لا

^١ (وادعت ضياعه ... مما لا يغاب عليه) سقط ذلك من خ ١ .

^٢ (فإن ادعت ضياعه) سقط ذلك من ب ، ت ، خ ٢ .

^٣ في ت (للمرأة) .

فإن أصدقها عبداً بعينه، أو ثوباً بعينه فضاع بيد الزوج قبل قبضها، أو قبض أبيها فهو منه، وإن قامت له بينة على ضياعه فهو منها، ويفسخ النكاح كالبيع والأكرية على أحد قولي مالك فيها. قال ابن أبي زمنين: لم يعطنا جواباً في النكاح وأرى أن لا^١ يفسخ.

فإن قبضت العبد وكانت له غلة أو كان غير العبد مما له غلة فاختلف في غلة ذلك فلمالك وابن القاسم الغلة بينهما؛ لأن الضمان منهما (56). ولعبد الملك الغلة لها، وعلله بضمانها^٢ اللخمي. فإن كان عينا واشترت به ما العادة أن يشتري به فأغل غلة كان على الخلاف المتقدم؛ لأن ذلك المشتري لو هلك كان منهما، وإن اشترت ما ليس العادة أن يصرف الصداق فيه كانت الغلة لها وإن هلك ضمنته، ولو أراد الزوج أخذه لم يكن له ذلك، والنفقة تابعة للغلة، فعلى القول الأول ترجع المرأة بنصف النفقة ما لم تكن أكثر من نصف الغلة، وعلى قول ابن الماجشون لا ترجع بالنفقة لأنها لا ترد الغلة، واختلف إذا كان صغيراً لا غلة له أو دابة لا تتركب أو شجرة لا تطعم فأنفقت الزوجة على ذلك نفقة ولم تأخذ غلة هل للزوج نصف ذلك ويغرم نصف النفقة أو يكون فوتاً؟ فعلى قول ابن سلمة يكون فوتاً ويأخذ قيمة نصيبه يوم قبضته؛ لأنه قال فيمن استحق صغيراً بعد ما كبر عند المشتري وأنفق عليه ليس له أن يأخذه وإنما له قيمته يوم اشتراه، فالزوج أبين أن لا يرجع فيه؛ لأنه أوضح يدها عليه. واختلف إذا أنفقت في صناعة علمتها الغلام أو الجارية فارتفعت قيمتها لذلك فلمالك لها ذلك. ولابن المواز ليس لها ذلك. قال اللخمي: لها الأقل من نصف ما أنفقت أو^٣ نصف ما زاد على ثمنها، انتهى من تبصرة اللخمي (57). فإن اغتله الزوج فهو ضامن لما اغتله؛ لتعديه في حبسه. قال ابن يونس: لأن للمرأة استعجال المعين لأن ضمانه منها سواء طلبته الزوجة بالدخول أم لا كان الزوج صغيراً أو كبيراً. قاله ابن حبيب انظر شرحه.

فإن وقع نزاع بين الزوج والزوجة أو وليها في ضياع الصداق إذا طلقت قبل البناء، فإذا طلقت المرأة قبل البناء وكانت قبضت الصداق وادعت ضياعه فلا يخلو من أن يكون عينا أو عرضاً، فإن كان عينا فهي ضامنة له إلا أن تقوم على الضياع بينة فلا ضمان عليها. قاله ابن المواز واستحسنه

^١ في غ (ورأى أنه) .

^٢ كلمة (لها) ليست في ت .

^٣ في ت (وعليها ضمانها) .

^٤ في ت (ومن) .

قلت: ينظر إلى عرف الناس في التسمية هل القصد بها تسمية العدد أو تسمية الرأس^١، فإن كان المراد بذكر العدد التجميل في الصداق والمباهات والمقصود إنما هو الرأس فلا يعتبر العدد ويلزم الزوج بالمملوكة من الوسط، وإن كان عكس ذلك فذكر الرأس ملغى، والمعتبر إنما هو العدد (52)، وفي الأول قولان.

فإن تزوجت على مملوكة معينة فاستحقت بحرية قيل ترجع بقيمتها، وقيل بصداق المثل، وقيل الأقل منهما؛ فإن وجدت بها عيبا فالمشهور تردها وترجع بقيمتها يوم عقد النكاح؛ كان ذلك قبل الدخول أو بعده، وقيل ترجع بمثلها، وقيل ترجع بصداق المثل. ولو هلك المملوكة قبل البناء وهي بيده أو بيدها ثم طلقها الزوج كانت المصيبة منهما معا على المشهور، وقيل إن هلكت بيدها رجع الزوج عليها بنصفها، وإن هلكت بيده ضمن هو لها نصفها قياسا على روايته في

البيوع (53)، فإن اتفق معها بقيمتها يوم عقد النكاح أو مع أبيها عقدت في ذلك تسجيلا، وأثبتت السداد في الثمن خوف أن يعطيها الزوج أكثر من قيمتها مكان التأخير وإن كانت حالة فجائر. فإن تزوجها على عبد من الرقيق ولا سمي ذكرا ولا أنثى كان لها الإناث في قول مالك لأنه عرف الناس (54)، وكان النكاح جائزا، وقال ابن عبد الحكم: لا يجوز النكاح إلا على معلوم مقدر. قال اللخمي: وقول مالك أبين.

فإن تزوجها على عبد غير^٢ موصوف ثم طلقها قبل البناء فلمالك وأصحابه لها نصف قيمة عبد وسط. وروى اللخمي أن يأتي بعبد وسط على الصفة التي كانت تستحق لو لم^٣ تطلق، فيكون شركة بينهما. قال بعض الشيوخ على أصله في الجبر على الشركة كما في كتاب^٤ الزكاة الثاني في مسألة الغنم والمعز، وفي كتاب الصرف في صرف الدينار. وما قاله مالك وأصحابه هو المختار.

قال ابن رشد رحمه الله: ولم أعلمهم اختلفوا فيه إلا ما كان من أصبغ في المرأة الدنية يسمى لها الزوج في الثياب ثمنا رفيعا، حكاه ابن حبيب في الواضحة. قال ابن رشد: قول أصبغ تفسير. انظر رسم نذر من سماع ابن القاسم من النكاح ورسم فرض منه (55).

^١ سقطت كلمة (الرأس) من خ ٢.

^٢ سقط من خ ٢ كلمت (غير).

^٣ في ت (ولم).

^٤ كلمة (كتاب) ليست في ب، ت، س.

بالنقد واختلقت مع الزوج بعد البناء فادعى الزوج^١ أنه قد دفع إليها النقد قبل البناء وقد أبقى الرهن بيدها فالقول قوله مع يمينه لقد دفع المعجل، قاله سحنون، وقال: لا فرق بين الرهن والحميل، وقيل القول قولها، قاله يحيى بن عمر(50)، وقد فرق ابن القاسم بين الرهن والحميل فقال لا بأس أن يدخل بها بالرهن ولا يدخل بالحميل حتى يقدم ربع دينار. صح من المتطلي.

دعوى امرأة النكاح على رجل مات

تبنى المقال على ما تقدم من مقالها وإنكار الورثة العلم بذلك والأجل على ما تقدم، فإن أثبتت بينة بالعقد ومقدار الصداق أعدر للورثة^٢ فيها، فإن عجزوا حلفت يمين القضاء في الكالئ وحلف الورثة أنهم لا يعلمون على موروثهم شيئاً مما ذكرته من النقد ويبرؤون، وذلك بعد الثبوت لفصول الحكم والإعذار، فإن أقامت البينة على إقراره في حياته ولم تقم لها بينة على إقرارها هي في حياته ولا على أصل النكاح فقال ابن القاسم: إن كانت المرأة في ملكه وعياله وتحت حجابها فالقول قولها، وإلا فلا؛ لأنها لو ماتت قبله لم يرثها بذلك. قال ابن رشد رحمه الله: لأن كونها في ملكه وتحت حجابها^٣ وإن لم يعلم منها هي إقرار بالزوجية كالإقرار منها بالنكاح أو أقوى(51). تنبيه: انظر نقل اللخمي عن محمد ابن المواز أن الإقرار عامل ولها الميراث من غير ضمنية كونها تحت يده وحجابها، وكذلك لو كانت هي المقررة وماتت. انظر ترجمة الإقرار بالزوجية في الصحة والمرض من التبصرة. فإن أقامت شاهداً واحداً على العقد فقال ابن القاسم: تحلف وتستحق الميراث نقله ابن الحاجب، وقال أشهب: لا تستحقه إلا بشاهدين على أصل النكاح. فإن تداعيا في الشيء المصدوق قلت: قالت فلانة بنت فلان الفلاني: إن فلان بن فلان الفلاني تزوجها على مملوكة نقداً بعشرين ديناراً وأن العشرين هي التي انعقد عليها النكاح، وذكر المملوكة لغو، فحضر الزوج وقال: إنما انعقد على الرأس وهاهو ذا من الوسط وأقام بينة أنه من الوسط وأن قيمته عشرة دنانير.

^١ (أنه قد دفع ... فادعى الزوج) سقط ذلك من ت .

^٢ (المورخ) هكذا في ت .

^٣ سقط من ب (وتحت حجابها) .

النكاح بينهما، فطلبتة الآن بمعجله كله إن أراد زوجها الابتناء بها فحضر الآن الحامل المذكور ووافق على الحمل المذكور وعلى قدر المهر؛ نقده، وكالته، كما حضر الزوج ورغب عن الابتناء فطلقتها طلاقاً بائناً فلزم الحامل نصف الصداق، فدفعت نصف المعجل، وبقي عليه نصف المؤجل إلي أجله، فإن كان حل من المؤجل^١ شيء لزمه نصف ما حل منه، فإن ادعى الحامل العدم أجل فيه بضامن، فإن لم يأت بإثباته غرم، وإن أثبتته أعذر فيه للزوجة، فإن عجزت عن الدفع حلف^٢ الحامل وأتبعته به إلي يسره كالديون، ولا سبيل لها على الزوج؛ لأن المهر على الحامل إلا أن يموت الحامل قبل الدفع ولم تكن له ذمة^٣ فلا سبيل للزوج إلى البناء بها إن أرادته إلا أن يدفع النقد، وهو قول مالك في كتاب النكاح الثالث من المدونة (49)، فإن مكنته من نفسها في عدم الحمل وقبل دفع الزوج المهر فلا قيام لها على الزوج. قاله المتيطي، فإذا اختلعت له قبل البناء وقد قبضت النقد فقبل يعود إلى الحمل لأن النكاح لم يتم. قاله ابن القاسم، وبه الحكم، وقاله المتيطي. وقيل إنه للزوج لأنه المخالغ، فيرجع إليه النصف الذي أوجبه الله عز وجل للمرأة بطلاقها قبل البناء ويرجع إلى الحامل النصف^٤ الذي سقط عن الزوج بالطلاق قبل البناء، قاله ابن الماجشون. قال ابن حبيب: وبه أقول، وقول ابن القاسم وهم؛ لأن ذلك النصف بمنزلة الجميع إذا بارأ عليه بعد البناء فهو كله للزوج وليس للحامل منه شيء فكذلك النصف الذي قبل البناء، قال ابن أبي زمنين: وهو حسن دقيق المعنى، وقال الشيخ أبو الحسن: القول الأول أحسن. قال المتيطي: وقد غلط في هذه المسألة من كتاب ابن حبيب كثير من الموثقين فحملوا الخلاف إذا طلق قبل البناء من ذات نفسه، وهذا لم يذكر فيه في كتاب ابن حبيب خلاف، وإنما ذكروا الخلاف إذا بارأ على المتاركة.

فإن اختلعت الزوجة مع الحمل بعد البناء فقال الحمل دفعت إليها وقالت هي لم يدفع إلي شيئاً فالقول قول الحمل مع يمينه أنه قد دفع ذلك إليها قبل البناء بها، وكذلك إن كان بيدها رهن

^١ في خ ١ (الأجل) .

^٢ في ب (مثل) وفي ت، خ ١ (حل) وفي خ ٢ (احل) .

^٣ (ولم تقم له بينة) هكذا في ت .

^٤ سقط من خ ١ (النصف) .

قاله في سماع أبي زيد، وفي سماع أصبغ إن قبضه بينة فكما في سماع أبي زيد^١، وإن قبضه بغير بينة لم يبرأ الزوج بإقرار الأب، وإن ادعى دفعه إليها فأقرت هي له به وهي بكر غير مولى عليها فلا ينتفع بإقرارها، وإن أنكرته فلا يمين عليها، وعليه الغرم، وإن ادعى ذلك عليها بعد الدخول ومرور العام لزمها اليمين، ويغرم، ولها قلب اليمين عليه، ويبرأ؛ لأنها بعد مرور العام محمولة على الرشد على المختار من الأقوال، وهو قول ابن العطار(46)، وقال ابن أبي زمنين(47) بعد مرور العامين. وقيل الثلاثة وهو قول ابن كنانة.

فإن كان اختلافهما في قبض المعجل بعد^٢ البناء فالقول قول الزوج مع يمينه لقد دفعه إليها قبل البناء، وإن ادعى دفعه إليها بعد البناء بها فالقول قولها وعليه البينة. قال القاضي المتيطي: ومهما ادعى دفع العروض عنه ثيابا أو فرشاً أو غير ذلك فعليه البينة وعليها اليمين؛ سواء كان ذلك قبل البناء أو بعده.

فإن كان اختلافهما في القبض بعد الموت، فإن كان قبل البناء فالقول قول المرأة، أو ورثتها إن ماتت مع أيمانهم إن لم تقم للزوج بينة إن كان حيا، أو لورثته إن كان ميتا، وإن كان بعد البناء فالقول قول الزوج^٣ إن كان حيا، أو ورثته إن كان ميتا مع أيمانهم أنهم لا يعلمون بقي لها عليه صداق حتى مات، على ما في سماع أشهب من النكاح. قال ابن رشد: أوجب اليمين على الورثة في هذه الرواية على العلم وإن لم تدع ذلك عليهم المرأة، ومثله في الوكالات، وفي الشفعة خلاف ما قاله في كتاب النكاح الثاني من المدونة من أنهم لا يمين عليهم إلا أن تدعي عليهم العلم، وخلاف ما في كتاب الضرر منها، وخلاف ما في كتاب التدليس منها، وهو الراجح، فإن نكلوا عن اليمين حلفت المرأة على ما تدعى معرفته من أنها لم تقبض صداقا وتستوجب(48).

فإن كان تحمل للزوجة بالصداق^٤ حميل، قلت: قالت فلانة بنت فلان الفلاني: إن فلان بن فلان الفلاني^٥ حمل لها عن زوجها فلان بن فلان الفلاني مهرها حملا لا حمالة، وبسبب ذلك أنعد

^١ سقط من ب (فكما في سماع أبي زيد) .

^٢ في ت (قبل)

^٣ (بعد الموت فإن كان) سقط ذلك من ت .

^٤ (إن كان حيا ... قول الزوج) سقط ذلك من ت .

^٥ سقط من خ ١ (بالصداق) .

^٦ (أن فلان ابن فلان الفلاني) سقط ذلك من خ ١ .

على العبد أو الثوب، فتحلف المرأة أنها لم تتزوجه إلا بالثوب ثم يخير^١ الزوج في أن يدفع لها ما حلفت عليه أو يحلف هو على تكذيبها وتصديق نفسه فيما ادعاه، ثم يفرض لها صداق المثل، ويعتبر فيه حاله وحالها ومالها وجمالها، ولا ينظر إلى نساء قومها، وكيفية يمينها تحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما تزوجها فلان إلا على ثوبه^٢ الفلاني، ثم إن أبي زوجها أن يدفع لها ما حلفت عليه فيحلف هو بأثر يمينها بالله الذي لا إله إلا هو ما تزوجها إلا على عبدى فلان، فإذا تمت أيماهما فرض لها صداق المثل ما لم يكن فوق ما ادعته المرأة، أو دون ما ادعاه الزوج، وهو بخلاف البيع، وثبت النكاح بينهما، قاله اللخمي، وهو المختار، وعند ابن الجلاب^(٤٥) يفسخ النكاح. قال بعض المؤثقين: ولم أره لغيره. نقله المتيطي: فإن ادعى الزوج مدفا في بينة صداق المثل أعذر له فيها، وأجل في ذلك على ما تقدم فإن عجز عجز وقضي عليه بدفع مهر المثل مستوفى^٣.

فان اختلفا في عين المتزوج به كأن يكون أبواها على ملك الزوج فتقول هي تزوجتك على أمي ويقول هو بل تزوجتك على أبيك: نقل الزرويلي من كتاب ابن سحنون عن سحنون إن كان قبل أن يدخل بها تحالفا وفسخ النكاح، وأعتق الأب؛ لأنه أقر أنه حر لكونه ادعى انتقال ملكه إلى من يعتق عليه، وكذلك إن نکلا، وإن نكل الزوج دفعت الأم إلى الزوجة بعد يمينها وتعتق عليها، والولاء لها منها. قال القاضي: وقيل لا يمين عليها، وبالأول انعقدت الأحكام في كتب الوثائق.

فان كان اختلافهما في عدده قبل البناء وبعد الطلاق أو الموت فالقول قول الزوج أو ورثته في عدده.

فان كان اختلافهما قبل البناء في دفع المعجل فادعى الزوج دفعه وأنكرته المرأة إن كانت رشيدة أو وليها إن كانت سفیهة فعليه البينة إن وجدها، فان عجز عنها فعليها اليمين إن كانت رشيدة أو على وليها إن كانت مولى عليها، فإن صرفت الرشيدة اليمين عليه حلف وبرئ، وإن صرفها ناظر المولى عليها حلف وغرم الناظر لنكوله عن اليمين. فان ادعى دفعه قبل البناء لوالدها وصدقه الوالد وهو مجبر وهي بكر وادعى ضياعه فالقول قوله، وإن لم يكن للزوج بينة على الدفع،

^١ في ب، خ (يجز)

^٢ في ت (عبد)

^٣ (فان عجز ... مستوفى) سقط ذلك من ب.

اجتهاد القاضي. قال المتيطي: فإذا طلب الأب من القاضي أن يأتيه الزوج بحميل أجابه القاضي إلى ذلك، فإن لم يأت بحميل سجنه له. قال المتيطي: هو دين من الديون يجب فيه ما يجب في سائر الديون، فإذا ثبت عدمه وأعذر للزوجة إن لم يكن لها أب أو لأبيها إن كان لها أب، فإن عجز عن المدفع أمر القاضي بيمين الزوج على تحقيق ما شهد له به من عدمه، فإذا تم هذا أجله في أداء النقد، واختلف في مقدار الأجل^١؛ فقال مالك في المدونة: يتلوم له مرة بعد مرة بقدر ما يرى الحاكم إذا أجرى النفقة. قال ابن القاسم: يضرب له أجل بعد أجل، فإن لم يأت به فرق بينهما. قال غير واحد بطلقة^٢. قال ابن القاسم: وليس الناس في التلوم سواء؛ منهم من يرجي له ومنهم من لا يرجي له شيء⁽⁴²⁾. قال بعض الفقهاء: وظاهر قول ابن القاسم أن من لا يرجي له شيء لا يتلوم له، وتطلق عليه لوقته، قال فضل: (43) هذا مذهب ابن القاسم. وقال ابن حبيب: يضرب له أجل الشهر والشهرين، قال بعض الشيوخ: والظاهر من لفظ المدونة حمله على السواء، ويتلوم له في الجميع، وقال مالك في كتاب محمد: يؤخر الستين، ويتلوم له بالسنة ونحوها، وقال في مختصر ما ليس في المختصر إن أعسر بالصدّاق قبل البناء؛ فإن عرف بالخلابة وهي الخديعة فرق بينهما، قال الشيخ أبو الحسن: يريد أنها تطلق عليه من غير أجل، وذكر إسماعيل بن إسحاق عن مالك يضرب له أجل ثلاثة أيام، وقال ابن حبيب عن مالك: إن تبين عجزه بالصدّاق والنفقة فليؤخر الأشهر، والسنة أكثر ذلك، وبه قال أصبغ، وقال سحنون: إن كان ممن يبيع الفاكهة وأقام بينة بعدم الصدّاق، وقال: أجلون فلا يؤجل مثل هذا؛ لأنه لا يرجي له شيء، وقال المتيطي: وتلزمه مع النفقة حيث تجب النفقة الكسوة فانظره.

فإن كان التداعي في الصدّاق بعد البناء فتكتب كما تقدم من المقال والجواب سواء، فإن كان الاختلاف في الأكثر من العدد والأجود من الجنس وادعته المرأة فتؤجل في البينة؛ لأن سلعتها قد قبضت منها فهي مدعية، والقول قول الزوج لأنه غارم على المشهور، وعلى الشاذ⁽⁴⁴⁾ يتحالفان، ويكون لها مهر مثلها، والزوجية ثابتة بينهما، وإن كان الاختلاف بينهما في نوعه كأن يدعي أنه تزوجها على هذا العبد، وتقول هي بل على هذا الثوب، وتقوم البينة بعقد النكاح ونسبته، هل كان

^١ سقط من ب عبارة (واختلف في مقدار الأجل) .

^٢ (قال ابن القاسم ... واحد بطلقة) لم يرد ذلك في ب .

الذي في البيع، ورجح ذلك ابن محرز (40)، ونقل اللخمي عن سحنون أنه كاللعان^١، بنفس تمام أيمانهما انفسخ النكاح، وتظهر ثمرة ذلك إذا طلقها بالثلاث قبل الفسخ أو مات أحدهما؛ فعلى المختار تلزمه الثلاث، ويرث الحي منهما الميت إلا أن يكونا عقداً أن تحالفهما فسخ فيلزمهما ما التزما، ولا يحتاج إلى حكم بالفسخ، فإن نکلا معا عن اليمين فقبل ذلك بمنزلة ما لو حلفا جميعا واستحسنه اللخمي، وقيل القول قول المرأة ويكون للزوج الخيار بين أن ينقذ ما قالت ويدخل بها أحبت أم كرهت، أو يطلق ولا يلزمه شيء؛ فإن أبي^٢ من الخيار بعد التحالف فسخ النكاح بينهما بطلقة بمجرد التحالف، وهو المختار عند الموثقين، وقيل بغير طلاق. ولسحنون أن ذلك كاللعان يفسخ النكاح بينهما بمجرد التحالف كما تقدم. وبالخيار لكل واحد منهما بعد التحالف جرى العمل، وهل يراعى الأثبه فيمن ادعاه منهما قبل التحالف؛ لمالك فيه قولان: وصوب اللخمي مراعاته، وجعله كالشاهد يحلف معه، وإن كانت بكراً كان المقال مع أبيها أو وصيها، وهما يحلفان على المستحسن من الأقوال في ذلك، وإن كانت مهملة لا وصي عليها ولا مقدما من قاض فإن اليمين عليها. قال الزرويلي: لأنها كان يمكنها أن تستوثق لنفسها بالإشهاد عليه^٣ كالثيب الرشيدة. فإن طلب الزوج بالصداق والنفقة وكانت الزوجة ممن لا تطيق الوطء قال ابن دبوس: لا يلزمه صداق ولا نفقة حتى تكون الزوجة ممن تطيق الوطء^٤، وإن لم تحض، والصبي كذلك إذا كانت الزوجة بالغة حتى يكون الزوج ممن يطيق الوطء (41).

فإن كانت الزوجة ممن تطيق الوطء فطلبت هي إن لم يكن لها أب أو أبوها إن كان لها أب الزوج بالبناء بها، قال المتيطي: فإن وافق الزوج أن الصداق لم يزل في ذمته ولم يدفع منه شيئاً إلا أنه معسر به لا يستطيع أدائه^٥، وسأل التأجيل فيه، فلم توافق هي ولا أبوها على عسره وزعم كل واحد منهما أن الزوج من أهل القدرة، قال المتيطي: يؤجله القاضي في إثبات دعواه العسر والعدم إحدى وعشرين يوماً. قال بعض الموثقين: لا يحد الأجل بحد، كل هذا موكول إلى

^١ في ب (كالنكاح) .

^٢ سقط من خ (فإن أبي) .

^٣ سقط من خ ١ عبارة (بالإشهاد عليه) .

^٤ (قال ابن دبوس ... ممن تطيق الوطء) لم يرد ذلك في ت .

^٥ (أدائه) سقطت من خ ٢ .

^٦ في خ (لأن) .

وهي أن يكون اتحد زمن العقدين إما في مجلس واحد أو في مجلسين إلا أنهما كانا في زمن واحد. قال القرافي: إذ ليس هذا بأولى من هذا. قال الزرويلي: وهذا تعليل حسن؛ لأنه شمل ما كان في مجلس واحد بحيث يعلم كل واحد منهما بصاحبه، وما كان في مجلسين حيث لا يعلم أحدهما بنكاح صاحبه إلا أن الزمان كان متحداً.

وان كان التداعي في الصداق تقيد قول الزوج بأنه تزوج فلانة بنت فلان الفلاني ثيباً متوفى عنها فلان بن فلان الفلاني مالكة أمر نفسها(34)، حلاً للنكاح على صداق جملته كذا، النقد منه كذا، والكالئ كذا إلى أجل كذا، بولاية وليها فلان بن فلان الفلاني، حسبما ثبتت ولايته عند من يجب، وطلبها الآن بالموافقة ليدفع لها نقدها ويدخل بها، فحضرت الزوجة المذكورة وقرئ عليها قول الزوج المذكور فوافقت على العقد المذكور، وقالت إن المهر إنما هو كذا النقد منه كذا والكالئ منه كذا على كذا، فلم يوافقها الزوج على ذلك، وبقي كل واحد منهما على قوله، فيكلف الزوج البينة على صحة دعواه؛ لأنه مدع وسلعتها لم تزل بيدها، والأصل في هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم: (إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار)(35). قال عبد الحميد الصائغ: (36) فكذلك المرأة وزوجها إذا اختلفا قبل الدخول فالمرأة بائنة لنفسها والزوج مبتاع(37)؛ فلذلك كانت البينة على الزوج فيؤجل في إقامتها كما تقدم، فإن أثبتتها أعذر فيها للمرأة المذكورة، وأجلت في المدفع؛ فإن انقضى^١ الأجل وعجزت عن المدفع عجزها القاضي لعجزها، ولزمها العدد الذي ادعاه^٢ الزوج، وأمر بدفع النقد وأمرت هي بالتمكين من نفسها، وتكون معه على حكم الزوجية، وإن لم يأت ببينة فتحلف هي على نفي دعواه ويكون له الخيار، بأن يرجع إلى قولها ويدفع لها ما ادعته، أو يحلف هو على نفي دعواها ويفسخ النكاح. قال عياض: (38) ظاهره بغير طلاق، وقد قيل بطلاق^٣ لاختلاف الناس في فسخه بعد التحالف.

قلت: قال ابن يونس: قال أبو عمران: (39) إن أراد الزوج إتمام النكاح بما قالته الزوجة أو أرادت ذلك الزوجة بما قال الزوج قبل الفسخ وبعد أيمانهما أن النكاح تام ويجرى ذلك على الخلاف

^١ في ب (فان عجزت) .

^٢ سقط من خ ٢ عبارة (العدد الذي ادعاه) .

^٣ سقط من ب (بطلاق) .

يعلم هل تنصراً طوعاً أو كرهاً ففرق بينه وبين امرأته ثم ثبت أنه أكره، فهو أحق بها وإن تزوجت ما لم يدخل بها الثاني، والسابعة من أسلم وتحتة عشر نسوة فاختر أربعاً فوجدهن ذوات محارم فانه يرجع ويختار من البواقي ما لم يتزوجن ويدخل بهن، فإن لم يدخل بهن فهو أحق، وقيل هو أحق وإن دخل بهن، والثامنة الغائب إذا طلقت عليه امرأته ثم يقدم بحجة بعد الطلاق فهو أحق بها ما لم يدخل بها الثاني (32).

وأما المسائل التي لا تفوت فيها الزوجة بدخول الثاني: فالأولى منها الزوجة المنعي لها زوجها ويأتيها خبره أنه توفي، فتتزوج من غير إثبات، ثم يقدم فهو أحق بها أبداً. وقال إسماعيل القاضي: هي كامرأة المفقود يفيتها الدخول، الثانية من طلقت عليه زوجته لعدم النفقة ثم ثبت أنها كانت أسقطت عنه النفقة، فهو أحق بها أبداً وإن دخل بها الثاني، الثالثة من قال عائشة طالق وله امرأة حاضرة تسمى عائشة، فقال لم أرد هذه بل لي امرأة بغير هذه البلدة تسمى عائشة، فطلقت عليه هذه الحاضرة، ثم ثبت أن له امرأة تسمى عائشة كما ذكر فهو أحق بالمطلقة عليه أبداً، ولا يفيتها البناء.

وإن عثر على العقدين قبل دخول واحد منهما ولم يعلم الأول منهما فسحاً جميعاً وقد تقدم ذكر هذه المسائل قبل هذا، فحصل من هذه المسألة في المدونة ثلاثة صور: الأولى منها إذا علم الأول ولم يدخل الثاني فهذه ترد إلى الأول، ويفسخ الثاني بغير طلاق كما قال ابن الموارز. الصورة الثانية إذا دخل بها الثاني قال في الكتاب (33) هي له. قال الشيخ: معناه إذا لم يعلم بترك الأول قبل دخوله، الصورة الثالثة إذا لم يعلم الأول منهما^٥. قال في الكتاب يفسخان جميعاً. زاد الزرويلي صورة رابعة وهي إذا أمكن اتفاق العقدين فهذه لا يفيتها الدخول لمن دخل بها منهما ويفسخان جميعاً؛ لإمكان أن يكون عقدهما وقع في زمان^٦ واحد، وزاد أيضاً صورة خامسة

^١ (أسلم) هكذا في ب، س.

^٢ (لعدم) ليست في ت، خ، ١، ٢، س.

^٣ سقطت من ت كلمت (الثاني)

^٤ سقطت من ب كلمت (كما).

^٥ (قال الشيخ... الأول منهما) لم يرد ذلك في ب.

^٦ (لا) سقطت من خ، ٢.

^٧ (في أمر) هكذا في ت.

وعلى المتأجل، فإن ثبتت البينتان وتكافأنا سقطتا، قال ابن دبوس ناقلا عن ابن القاسم: والمرأة مقرة أو منكرة، قال: إقرارها وإنكارها سواء، فإن كان لم يدخل بها واحد منهما وكان الشهود عدولا فسخ النكاحان جميعا، وكانت الفرقة تطليقة، وإن كانت إحدى البينتين أعدل من الأخرى جعل النكاح للعادلة، وقال غيره: إن كانت إحداهما أعدل سقطتا أيضا عند مالك. وسحنون يثبت الأعدل منهما، فانظر تفصيل الشيوخ في محل الخلاف حيث هو إن كانت في مجلس أو مجلسين، فإن لم يعلم الأول منهما وأقرت بأحدهما فلا يقبل قولها، وهو مذهب المدونة، ويفرق بينهما بطلقة، وتأخذ من أحبت منهما أو من غيرهما (26)، وقيل يقبل قولها^١. نقله اللخمي عن محمد بن عبد الحكم (27)، ونقله ابن يونس عن أشهب، وزاد ابن رشد في المقدمات (28) معهما المغيرة (29). فرع: ومن هذا المعنى من فوضت لكل واحد من ولييها فزوجها هذا من رجل وهذا من رجل، فهي لأولهما إذا عرف الأول، وقال ابن المواز (30): يفسخ نكاح الثاني بغير طلاق، وقال الزرويلي: ظاهره أن سمي لها الزوج أم لا، وهو على قول ابن القاسم الذي لا يشترط تسمية الزوج عند التفويض للولي خلافا لمالك الذي يشترطه.

فإن لم يعثر على الأول إلا بعد أن دخل بها الثاني ولم يعلم بنكاح الأول فهي إحدى المسائل التي تفوت فيها بالدخول (31)، والثانية امرأة المفقود إذا تزوجت بعد ضرب الأجل أربع سنين ثم جاء فهو أحق بها ما لم يدخل بها الثاني، وقيل يفيتها العقد، وقيل لا سبيل له إليها، والثالثة التي طلقت فعلمت بالطلاق ولم تعلم بالرجعة حتى تزوجت، ثم جاء المرتجع فهو أحق بها ما لم يدخل بها الثاني، والرابعة من أعتقت وزوجها غائب وهو عبد فاختارت نفسها ثم جاء العلم بأنه أعتق قبلها فهو أحق بها ما لم يدخل بها الثاني، وقيل هو أحق بها وإن دخل بها الثاني^٢، والخامسة من أسلمت وزوجها غائب وهو كافر ففرق الإسلام بينهما فتزوجت ثم جاء العلم بأنه أسلم قبلها فهو أحق بها ما لم يدخل بها الثاني، وقيل هو أحق بها وإن دخل بها الثاني، والسادسة من أسره ولم

^١ (وهو مذهب المدونة ... وقيل يقبل قولها) لم يرد ذلك في ت .

^٢ (على مرة) هكذا في ت .

^٣ (لا) ليست في ت .

^٤ (وقيل هو أحق بها وإن دخل بها الثاني) لم يرد ذلك في خ ١ .

^٥ (أسلم) هكذا في ت .

ابتاع من رجل مالا فلما تم الابتياح بينهما قام البائع على المبتاع وزعم أنه مولى عليه، وزعم أن المبتاع يعلم ذلك، فطلب منه اليمين على نفي ذلك، قال: لا يمين عليه^١، ثم قال: فان رجع الزوج إلى قول الأب في التي سمى؟ قال: لا^٢ يثبت نكاحه بعد إنكاره إياها لأنه أكذب نفسه. دعوى أخرى: ادعى رجل نكاح امرأة وهي تحت زوج وقالت كنت تزوجتك قبل فجوعتني فبنت عنك، وطال انقطاعك عني، وظننت أن ذلك طلاقا فتزوجت هذا، وقال الزوج: لا علم لي، فعلى الزوج المدعي البينة، فان عجز عنها فلا يمين على الزوج إلا أن يدعي عليه العلم، وعلى الخلاف في لحوق يمين التهمة إن لم يدع عليه علما، فإن أتى الرجل المدعي ببينة وشهدت وقبلت أعذر فيها للزوج فإن أتى بما يسقطها فالحكم في اليمين كما تقدم، وإن عجز عن المدفع فيها⁽²⁴⁾ وعجزه القاضي لعجزه ردت المرأة إلى الأول مع يمينه على بينونها عنه المدة الطويلة، وبعد العدة من الثاني؛ لأن المدة الطويلة كالشاهد العدل، أو أقوى، فيجب بها اليمين^٣. قاله في رسم إن أمكنتني من حلق رأسك من سماع عيسى من كتاب النكاح. قال ابن رشد رحمه الله تعالى: ولو بانته منه وطال ذلك وتزوجت على عينه وبعلمه، انظره هناك⁽²⁵⁾. وإن كانت تحت زوج وعجزت هي وزوجها الثاني عن المدفع رجعت إلى الأول بعد انصرام عدتها من الثاني. دعوى رجلين نكاح امرأة وإنكارها إياهما: تعقد المقال وجميع المطالب وإنكارها فبعد الإشهاد بذلك يكلف كل واحد من المدعين البينة على دعواه، ويؤجلان على ما تقدم ذكره في ضرب الأجل، وتجعل المرأة في خلال تلك الآجال عند أمينة حيث يوثق بها، ولا حمالة عليها، فإن أثبتاها معا أعذر لكل واحد منهما في بينة صاحبه، وتوقف المرأة في خلال تلك المدة عند الأمينة كما تقدم، فإن ثبتت بينة واحد منهما وسقطت بينة الآخر ثبتت الزوجية لمن ثبتت بينته وعجز صاحبه، ولا يمين على الذي ثبتت بينته^٤، وممكن من زوجته، هذا إن كانت الزوجة غير مدافعة لهما معا، وإن كانت مدافعة^٥ لهما مكذبة لقولهما عقدت الأجل في دفع بينة كل واحد منهما عليها

^١ (قال لا يمين عليه) ليست في ت .

^٢ (لا) ليست في خ ٢ .

^٣ (فيجب بها اليمين) ليست في ت .

^٤ (لمن ثبتت ... ثبتت بينته) لم يرد ذلك في خ ٢ .

^٥ في خ ١ ، خ ٢ ، ت (موافقة) .

فلا تحالف بينهما، قال أصبغ: بمنزلة من ادعى نكاح امرأة فأنكرته، أو من ادعت نكاح رجل فأنكرها، وقال ابن دبوس: فإن اختلفا فقال الزوج: هذه زوجتي وقال الأب: بل هذه تحالفا وتفاسا ولم يلزم الأب إنكاح التي ادعى الزوج، ولم يلزم الزوج نكاح التي ادعى الأب. قال أصبغ: فان ماتت إحدى البنيتين فلا ميراث بينهما للشك، وعليه الصداق^١ لأنهما أقرأ جميعا بالنكاح في واحدة ولا رجوع له لتصديق الأب لأنه أكذب نفسه فيها، ويغرم لكل واحدة نصف صداقها، فان رجع الأب إلى تصديق الزوج لم يضر ذلك النكاح؛ لأن الأب يجوز له النظر. انظر اللخمي، وقال ابن دبوس: إن اختلف الأب والزوج في الحية والميتة تحالفا ولم يلزم الزوج شيء^٢ من الصداق، ولم يرث.

دعوى بين رجلين زوج أحدهما ابنته من الآخر وله بنت صغرى وأخرى كبرى، فحين طلب الزوج البناء بزوجه قال له والد البنت: إنما زوجتك^٣ الكبرى، وقال الزوج: إنما زوجتني الصغرى، وشهدت البينة بالنكاح ونسيت هل زوجه الصغرى أو الكبرى، فطلب الزوج من والد الزوجة اليمين على نفي دعوى الزوج هل عليه يمين أم لا؟

قلت: نقل ابن دبوس عن ابن زرب (23) أن لا يمين على الأب في ذلك، ثم قال ألا ترى أنه لو نكل عن اليمين أيتم النكاح بنكوله؟ قال: لا أرى ذلك، وأرى نصف الصداق على الزوج للتي أقر أنها زوجته منهما، وأرى أن تلزمه طلاق واحدة إن حكم عليه السلطان في ذلك بقطع ما يدعيه. وأجرى لنا مسائل من النكول الذي لا يوجب يمينا: منها من اشترت مالا وحبسته المبتاعة على البائنة^٤ وعلى ولد البائنة بعدها، ثم يكون مرجعه إلى المساكين^٥، فلما توفيت البائنة قام بعض ورثتها على الابن في ذلك ويذكرون^٦ أن البائنة كان ذلك منها توليها^٧ وطلبوا أن يحلف لهم ابن البائنة أنه لا يعلم ذلك توليها، قال: لا يمين عليه، ثم قال: لو نكل أو أقر أيرد ذلك؟^٨ ومنها من

^١ في ب (وعليهما الطلاق).

^٢ (زوجتك) ليست في ب.

^٣ (على البائنة) ليست في ب.

^٤ في ب، خ، ١ (المالكين) وفي ت (المالكين).

^٥ في ت (ويوثرون).

^٦ في ت (تولفا).

^٧ (أيرد ذلك) ليست في ب.

قلت: قال الرعيني: لا تجب اليمين على أحد بمجرد الدعوى في نكاح، ولا في حد، ولا في قذف، ولا مشاتمة، ولا بدعوى قصاص في قتل، ولا جراح عمد، ولا بدعوى حمالة، ولا حوالة، ولا بدعوى عتاقة، ولا تدبير، ولا كتابة، ولا بدعوى طلاق، ولا خلع، ولا مبارأة، ولا بدعوى أمة أن سيدها أولدها(17)، قلت: ولا يثبت ذلك إلا بشاهدين، وضابط ذلك ما قاله ابن الحاجب كما تقدم في المجلس قبل هذا: كل دعوى لا تثبت إلا بشاهدين فلا يمين بمجردھا.

وإن كانت المسألة بحالها إلا أن الزوج أثبت البينة بالسماع والزفاف في دارها واشتھار الوليمة في دارها، فتقر هي بالصنيع وتكر علمها به لها فعليها اليمين أنها ما علمت أن النكاح لها ولا الوليمة إن كانت رشيدة أو بكرا غير ذات أب. انظر آخر سماع يحيى، ورسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح أوجب عليها اليمين في ذلك، وألزمها النكاح بالنكول عنه(18)، ونقله ابن هشام(19) في المفيد(20) إذا علمت، وإن نكلت مع العلم لزومها النكاح، قاله ابن القاسم، وقيده ابن رشد مع يمينه إن حقق عليها الدعوى(21)، وشرط بلوغها، قال: وهو قول ثالث في المسألة، الأول عدم اليمين لأنها إن نكلت عنها لم يلزمها شيء، والثاني تحلف رجاء أن تقر، والثالث لزوم التزويج مع النكول بتقييد ابن رشد، ثم قال: وإذا لم يحقق عليها الدعوى ونكلت على ما في رواية يحيى فيرى حلفه على الاختلاف في رجوع يمين التهمة.

فإن كانت هي المدعية، وسمت صداقا(22) وأقامت شاهدين، وأعذر إليه، فلم يأت بشيء وعجز، لزمه الدخول أو الطلاق، فإن أبى وتمادى على الإبابة ضرب له أجل المولي، فإن انصرم طلقت عليه بحكم، ولزمه نصف المعجل حالا، ونصف المؤجل إلى أجله، وإن طلق حين وقف على الدخول أو الطلاق لزمه أيضا نصف المعجل، ونصف المؤجل^١ إلى أجله، قاله ابن دبوس ونقله عن بعض شيوخه الذين أخذ عنهم .

فإن اختلف الزوج مع الولي في المرأة فقال الزوج: زوجني ابنته فلانة، وقال الأب: بل فلانة لبنت أخرى له، فإن قامت بينة لواحد منهما أعذر للآخر فيها، وأجل على ما مضى في الآجال، فإن عجز ثبت النكاح بالمشهود بها، وإن لم تقم بينة على ذلك كله بل قامت بينة بعقد النكاح خاصة

^١ (حال ونصف المؤجل ... ونصف المؤجل) لم يرد ذلك في ب .

أيضا بذلك: يعنى بالشهادة على السماع مع الطول، خلاف ظاهر ما في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب النكاح، وفي رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الأقضية طرف من هذا.

انظر شهادة السماع السابع في رسم الأقضية من سماع يحيى من الشهادات (12).

فلو ادعى الزوج النكاح قلت: قال فلان بن فلان الفلانى: إنه تزوج فلانة بنت فلان الفلانى ثيبا، متوفى عنها فلان بن فلان الفلانى، منقضية العدة (13)، بولاية وليها فلان بن فلان الفلانى، على صداق نقده كذا، وكالته كذا، إلى أجل كذا، فحضرت المرأة المذكورة، وقرئ عليها المقال المذكور، وسئل منها ما عندها فيه؟ فأجبت بإنكار المقال المذكور، فحكمها أن يكلف الزوج البينة على أصل النكاح، أو بالسماع على ما تقدم في حكم السماع، أو بالدخول بها، فان قال: عندي بينة تشهد بذلك، أجل في إحضارها، وتكون المرأة في خلال ذلك عند أمينة، وهل يلزم هو بحميل أم لا؟ قيل لاحميل عليه، وقيل عليه حميل، فان أقام البينة بذلك أعذر للمرأة، وأجلت بحسب ما يظهر للقاضي في الأجل، من تفرقه، أو اجتماعه، والذي جرى عليه عمل القضاة توزيعه، وابتدى فيه بثلاثة أيام^١، ثم بثمانية، ثم بستة، ثم بأربعة، ثم بثلاثة للتلوم، وكان من القضاة من يوزعه على غير هذا، وينتهي به إلى ثلاثين يوما، يبدأ فيه بعشرة، ثم بعشرة، ثم بسبعة، ثم بثلاثة، والآجال كلها مصروفة إلى اجتهد الحاكم، ينظر فيها باعتبار الشخص المتأجل، وباعتبار الشيء المتأجل^٢ فيه، إما أن يكون في إثبات بينة، أو حلها، وهي عند الفقهاء ضيقة في الفروج؛ لما يصيبها من التعطيل، وفي غيرها أوسع (14)، فإن عجزت^٣ الزوجة المتأجلة المذكورة في حل الرسم المثبت به زوجيتهما حكم عليها بالزوجية، والتمكين من نفسها، وعليه النفقة، وسائر أمور الزوجية، وإن أبطلت الرسم المثبت به الزوجية، فلا يمين عليها، قاله ابن القاسم في المدونة، ونصها: قيل لابن القاسم رأيت المرأة تدعي النكاح على الرجل، أو يدعيه عليها، فأنكر المدعى عليه، أيحلف؟ قال: ما سمعت من مالك فيه شيئا، ولا يكون النكاح إلا ببينة، فلا أرى أن يحلف؛ رأيت إن نكل، أو نكلت أكان يلزمهما النكاح؟ (15) وقاله مالك في كتاب محمد (16).

^١ (بثلاثة أيام) ليست في ت .

^٢ (وباعتبار الشيء المتأجل) لم يرد ذلك في ب ، ت ، خ ، ١ ، ٢ .

^٣ في خ ٢ (عطلت) .

حجابه^١، فالميراث بينهما إن مات أحدهما، وإن ماتا معا ورثتهما ورثتهما، والزوجية ثابتة بينهما إذا طال مقامه معها، واشتهر^٢، لأنه إذا لم يطل ذلك فوجوده معها ريبة توجب عليهما الأدب، والحد عليهما إذا تقارا على الوطء؛ كما قال في كتاب النكاح الأول من المدونة: إذا وجد رجل مع امرأة في بيت فشهد أبوها، أو أخوها أنه تزوجها لم يجز نكاحه، ويعاقبان(5). قال الشيخ(6): قال ابن يونس(7) في كتاب الحدود: وإن ثبت الوطء حدا، قلت: وهذا إذا لم تقم لهما بيينة في المسألتين على أصل النكاح، على اختلاف في وجوب الحد إذا لم يقرأ بالزنى، وإنما أقرأ بما لو أقاما عليه البيينة لم يكن عليهما حد على أصل أشهب؛ إذ لا يؤخذ أحد بأكثر مما أقر به على نفسه، وكذلك إذا لم يعلم منها إقرار بما كان يقر هو به، ويذكره من نكاحها، فيكون الميراث بينهما قائما، والزوجية ثابتة؛ لأن كونها^٣ في حوزة وتحت حجابه كالإقرار منها بالنكاح أو أقوى(8).

وأما إذا كانت بائنة منه، ومنقطعة عنه، وقامت بيينة على السماع بأنهما زوجان، وطال ذلك، جرى على الاختلاف، وأقله عشرون سنة على ما في سماع عيسى من رسم البراءة من كتاب القسمة(9).

وقال عبد الوهاب في شرح فصوله(10): أقله خمس عشرة سنة قال في السماع المذكور: لا ميراث بينهما، وقيل الميراث بينهما قائم، والزوجية ثابتة، وهو الراجح عنده فيه، وهذا الخلاف إذا لم يشتهر الأمر، ويخرج عن شهادة السماع إلى حد التواتر الذي يوجب العلم، فان خرج إلى التواتر الذي يوجب العلم جاز للشاهد أن يشهد^٤ على القطع إذا طال الأمر، فان لم يطل لم يجز له أن يشهد، ولا تجوز إن شهد^٥، ولا يحكم بها، ولا يكون الميراث بينهما إلا ببيينة على أصل النكاح(11).

فإن ادعى الزوج نكاحها وهي تنكره، وتمادت على إنكارها حتى مات، ثم أقرت به بعد الموت، وطلبت الميراث، فلا مقال لها وإن طال ذلك وفشا وشهد به على السماع؛ لأنها أكذبت تلك البيينة بمضمن إنكارها النكاح، فكأنها أقرت على نفسها أنها لا ميراث لها منه، فلو لم يعلم منها إقرار ولا إنكار ثم مات فقال ابن رشد: الصحيح في النظر أنها ترثه بذلك إذا لم يعلم منها إنكار، ويرثها هو

^١ (والثاني ... وتحت حجابه) لم يرد ذلك في ت .

^٢ (وأشهد) هكذا في ب .

^٣ (ويذكره من نكاحها ... لأن كونها) لم يرد ذلك في خ ٢ .

^٤ (أن يشهد) ليست في خ ١ .

^٥ (ولا تجوز إن شهد) ليست في خ ٢ .

النوع الأول منه في النكاح وما يتعلق به من الإقرار والإنكار

والأصل فيه من القرآن والسنة فمن القرآن قوله عز وجل: [وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا] (1)، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: (تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة) (2)، وأما حقيقته فقال ابن رشد: هو الغشيان^١، جبل الله الخلق عليه لما رتب فيهم من الشهوات ليكون به النسل حتى يكمل به ما قدره من الخلق، وإباحته في الشرع على وجهين: أحدهما النكاح، والآخر التسري (3).

فإذا تقرر هذا فالتكاح على أربعة أقسام: واجب، ومكروه، ومستحب، ومباح، فالواجب: من لم يقدر على الصبر عن النساء، ويخشى على نفسه العنت. والمكروه من لم يحتج إليه، وخشي أن لا يقوم بما أوجب الله تعالى عليه فيه. والمستحب هو إذا كان قادرا عليه، وليس به حاجة إلى النساء، وروي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: إني لأتزوج المرأة وما لي بها حاجة، وأطؤها وما أشتيها، قيل له: وما ألجأك إلى هذا يا أمير المؤمنين؟ قال: إنما ذلك رجاء أن يخرج الله مني من يكاثر به النبي صلى الله عليه وسلم النبيين يوم القيامة. والمندوب إذا كانت نفسه تدعو إليه، وتشوش عليه أفعاله إذا تركه (4).

فإذا ادعى رجل نكاح امرأة، وموافقته إياه على ذلك، قلت: قال فلان بن فلان الفلاني: إنه تزوج فلانة بنت فلان الفلاني، بمدينة كذا، بولاية وليها فلان بن فلان الفلاني^٢، وقدما الآن إلى مدينة كذا، فطلبها بذلك، فحضرت فلانة المذكورة، وقرئ عليها قول الرجل المذكور، فوافقتة على ذلك، وطلبت منه النفقة، والكسوة، والقيام بحقها.

قلت: إن كانا طارئين صدقا، وأقرت الزوجية بينهما، وأمر الزوج بموجبات الزوجية؛ من نفقة، وكسوة، وسكنى، وجميع ما يجب للزوجة على زوجها، وتؤمر هي بما يجب له عليها أن توفي به؛ من حقوق الزوجية. وإن كانا غير طارئين لا يخلو حالهما من وجهين: أحدهما أن تكون المرأة في حوزة، وتحت حجابها، والثاني أن تكون بائنة منه، منقطعة عنه، فإن كانت في حوزة، وتحت

^١ (هو الغشيان) ليست في ب ، ت ، خ ١ ، خ ٢ .

^٢ (أنه تزوج فلانة ... الفلاني) لم يرد ذلك في ت .

وكل من أقام شاهداً واحداً على دعواه فاليمين عليه، يحلف ويستحق حقه إلا في وجهين:
أحدهما الطلاق، والآخر العتق، فإن اليمين فيهما على المدعى عليه، فإن نكل حبس حتى يحلف،
وقيل إن طال حبسه أطلق وكان الله حسيبه، وقيل إذا أبى أن يحلف طلق عليه، وأعتق عليه، ولا
ترد اليمين على المدعي، ويكون القول قوله مع شاهده، والذي له أن يحلف مع شاهده إن أبى
أن يحلف ردت اليمين على المدعى عليه، فإن حلف بريء، وإن نكل غرم.
قال الرعيني: وهذا أحسن ما سمعت في ذلك. والله الموفق للصواب.

غائبا غيبة قريبة أنظره، وإن كان غائبا غيبة بعيدة جدا لا يرجى إقباله إلا إلى السنة أو السنتين خلي عن المرأة. فإن جاء الشاهد الثاني قبل أن تتزوج، أو بعد أن تزوجت وقبل أن يدخل بها، ردت إلى الأول، وأضيف له هذا الشاهد إلى الأول، وإن لم يأت الشاهد إلا بعد الدخول كانت للآخر، ولا سبيل للأول إليها، بمنزلة التي تفوض إلي وليها، وبمنزلة المرأة المنعي لها زوجها، ويأتيها خبره أنه توفي فتزوج من غير إثبات، ثم يقدم فهو أحق بها أبدا، وقال إسماعيل القاضي (34): تفوت بالدخول، وبمنزلة زوجة المفقود إذا تزوجت بعد ضرب الأجل أربع سنين، ثم جاء فهو أحق بها ما لم يدخل بها الثاني، وقيل يفيتها العقد، وقيل لا سبيل له إليها، وبمنزلة من أعتقت وزوجها غائب وهو عبد فاختارت نفسها (35)، ثم جاء العلم^٢ أنه أعتق قبلها فهو أحق بها ما لم يدخل بها الثاني، وقيل هو أحق بها أبدا، وبمنزلة من أسلمت وزوجها غائب وهو كافر ففرق الإسلام بينهما وتزوجت، ثم جاء العلم أنه أسلم قبلها، فهو أحق بها ما لم يدخل بها الثاني، وقيل هو أحق بها أبدا، وبمنزلة من أسلم وتحتة عشر^٣ نسوة فاختار أربعا، فوجدهن ذوات محارم، فإنه يرجع، ويختار من البواقي ما لم يتزوجن، ويدخل بهن، فإن دخل بهن فلا سبيل له إليهن، وقيل هو أحق بهن، وبمنزلة الغائب تطلق عليه امرأته، ثم يقدم بحجة بعد الطلاق فهو أحق بها ما لم يدخل بها الثاني، وبمنزلة التي يطلقها زوجها وهو غائب أو حاضر فتعلم بالطلاق، ثم يرتجعها، فلا تعلم بذلك، فتتزوج، ثم يأتي زوجها الأول؛ فإن كان الآخر دخل بها فهو أولى بها، وإن لم يدخل بها رجعت إلى الأول^٤، وإن طلقها فماتت أو مات، ثم قام الباقي منهما يدعي الرجعة ليأخذ الميراث، وأقام شاهدا واحدا على الرجعة في العدة قبل انقضائها، فليس للباقي منهما أن يحلف مع شاهده ويستحق الميراث، ولا على ورثة الميت أن يحلفوا ويسقط الميراث، ولكن متى أقام المدعي شاهدا آخر قرب أو بعد أخذ حقه، وورثتهما بمنزلهما إذا كان القيام بعد موتهما أو موت أحدهما.

^١ في خ ٢ (وقيل تفيد).

^٢ في خ ٢ (العبد).

^٣ في ت (أربع).

^٤ (إلى الأول) ليست في خ ١.

يحلف معه، وعجز عن ثن معه، ونزه نفسه عن اليمين، ولم يدع أن له غيره، ولا يدعيه، حلف المدعى عليه، وسقطت عنه دعوى المدعي، فإن أبى أن يحلف غرم، ولم تتكرر اليمين على المدعي، وإن قال المدعي: إن له شاهداً آخر غائباً غيبة قريبة، وأبى أن يحلف مع شاهده هذا أخذ له الحاكم من المدعى عليه كفيلاً إلى وجه ما يرى مما لا ضرر فيه على المدعى عليه، وإن أتى من ذلك ضرر أو كانت غيبة الشاهد الآخر بعيدة أحلف المدعى عليه، وخلي سبيله، وأطلق من الكفالة إن كان في حمالة أحد، وكان المدعي على حقه متى حضر شاهده، وإن أبى أن يحلف المدعى عليه غرم، ولم ينتظر إقبال الشاهد الآخر^١، وإن أقام شاهداً واحداً على حقه، وأبى أن يحلف معه فحلف المدعى عليه، ثم أصاب شاهداً آخر فأراد أن يضاف له إلى الأول، وبأخذ حقه؛ نظر فإن كان الشاهد وقت أن أحلفه حاضراً أو غائباً غيبة قريبة وهو به عالم فليس له ذلك وإن حلف المدعي أنه ما أحلفه على الرضى بإسقاطه، وإن كان لا علم له به، أو كان غائباً غيبة بعيدة وهو عالم به فقد اختلف فيه أصحاب مالك على ثلاثة أقوال: الأول منها أن له ذلك، والثاني ليس له ذلك في كل شيء، والثالث ليس له ذلك في الأموال التي تكون فيها اليمين مع الشاهد على المدعي^٢، وله ذلك في العتق، والطلاق، وذلك أن اليمين فيهما مع الشاهد على المدعى عليه^٣. قال الرعيني: وهذا أحسن، والأول أغلب، ثم قال الرعيني: وكل دعوى قام فيها شاهد واحد فلا بد من اليمين فيها؛ إما على المدعي، أو على المدعى عليه، إلا في معنى واحد: وهو النكاح وما أشبهه، مثل الرجعة (٣٣) فإنه إذا أقام شاهداً على النكاح فإنه لا يحلف المدعي ويثبت النكاح، ولا يحلف المنكر ويبطل النكاح، وكذلك الرجعة إذا أقام شاهداً بعد انقضاء العدة أنه ارتجعها قبل انقضاء العدة أو كانت المرأة هي المدعية لذلك، أو ورثتها، فلا يمين على واحد منهما، ولكن ينظر السلطان في ذلك، ويسأل المدعي شاهداً آخر؛ فإن زعم أنه لا شاهد عنده غيره، خلي بين المرأة وبين ما تريد من نكاح، أو غيره، إن كانت هي المدعى عليها، وكذلك الرجل، ويدين المنكر ذلك في أمانته، وإن ادعى شاهداً آخر؛ فإن كان حاضراً أحضره، وإن كان

^١ (إن كان في حمالة أحد ... الشاهد الآخر) لم يرد ذلك في ب .

^٢ في ب (المدعى عليه) .

^٣ (وله ذلك ... المدعى عليه) لم يرد ذلك في ب .

أو دعوى المرأة طلاق زوجها، أو تخييرها (27)، أو تملكها، أو خلع، أو مبارأة (28)، فلا يمين على المدعى عليه، وضبط ذلك ابن الحاجب (29) بأن قال: كل دعوى لا تثبت إلا بشاهدين فلا يمين بمجردھا، فتأملھ (30)، وإن كانت مما توجب يميناً، وكان القاضي ممن يحكم باليمين من غير ثبوت خلطة بين المدعي والمدعى عليه كما هو الآن على ما قرره الشيخ أبو الحسن في النكاح الثاني، أمر المدعى عليه أن يحلف بعد أن يشهد على المدعي أنه أسقط البينة الحاضرة، والغائبة، ما علم منها، وما لم يعلم، فإن امتنع من الاشهاد بذلك، وقال لي بينة قريبة لا أسقط حقي في القيام بها، لم يحلفه له، وإن كانت بعيدة أحلفه له^١، وكان على حقه إذا حضرت البينة، قاله الرعيني. وإذا امتنع المدعى عليه من اليمين حين وجبت عليه قال الرعيني: ترجع اليمين على المدعي فإن حلف أخذ، وإن نكل فلا شيء له.

وإن أتى المدعي بشاهد يشهد له على دعواه، قال الرعيني: وكانت^٢ السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والأخبار من الصحابة، والأفاضل من التابعين، بجواز القضاء باليمين مع الشاهد الواحد في الأموال من البيوع، والأشربة، والسلف، وغير ذلك مما هو مال، وبذلك ثبتت الفتيا عن مالك ابن أنس إمام دار الهجرة (31) وكذلك الجراحات؛ عمدها وخطؤها إلا أنه في القسامة خمسون يميناً، وكذلك تجب القسامة بقول المقتول عمداً أو خطأً، واليمين مع الشاهد ظاهرة لا يحتاج فيه إلى تأويل، لما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فيما روي عنه الصحابة والقدوة من أهل العلم، وحكم به أهل العدل من الحكام من زمانه إلى هلم جرا، ولم يخالف في ذلك إلا من لا عمل^٣ عليه (32).

فإذا تقدم الرجلان إلى الحاكم، وأحدهما يدعي على صاحبه حقاً من بيع، أو شراء، من دور، أو أرض، أو حيوان، أو رقيق، أو دواب، أو طعام، أو ثياب، أو غير ذلك من السلع، أو كراء، أو إجارة، أو شركة، أو معاوضة، أو مساقاة، أو مغارسة، أو مقارضة، أو جعل، أو غير ذلك من مال، أو مما يؤول إلى مال، فأقام المدعي على ذلك شاهداً واحداً عدلاً حلف معه، وأخذ ما ادعى به، وإن أبى أن

^١ (كانت بعيدة أحلفه له) لم يرد ذلك في خ ٢

^٢ (وإن كانت) هكذا في ب، ت، خ ٢، س.

^٣ (لا يحمل) هكذا في خ ٢

سبب يدل على صدقه، كالسلعة يتداعيانها وليست في يد واحد منهما، أو كان لكل واحد منهما سبب مكافيء لسبب صاحبه، لا مزية له عليه، وجب أن يحلفا جميعا وتقسم السلعة بينهما(18)، ثم قال رحمه الله تعالى: فيتبين بهذا الذي قلناه أن قول النبي صلى الله عليه وسلم (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)(19) عام في جميع الدعاوى، من الأموال، والدماء، وغير ذلك، وخاص^١ فيمن تجردت دعواه من المتداعيين عن سبب يدل على صدق قوله. والله أعلم، ثم قال: وهذه جملة لا اختلاف بين أهل العلم فيها، وما يوجد من الاختلاف بينهم في التداعي ليس بخارج عن هذا الأصل، إنما هو لاختلافهم في قوة السبب الدال على تصديق أحد المتداعيين، وضعفه، على ما يؤديه الاجتهاد إلى كل واحد منهم(20).

وقال المقرئ(21) في كلياته(22): حقيقة المدعى عليه والمدعي هي: كل من عضد قوله عرف أو أصل فهو المدعى عليه، وكل من خالف قوله أحدهما فهو المدعي^٢؛ فالمدعى عليه أقوى المتداعيين سببا، والمدعي أضعفهما.

قلت: فإذا تقرر هذا في تحقيق المدعي والمدعى عليه، وقال المدعي قوله، وجمع مطلبه، نظر فيه القاضي، إن كان^٣ ذلك المقال يوجب حكما أمر المدعى عليه بالجواب عنه، إما بإقرار، أو بإنكار، فإن أجاب لا أعرف شيئا من دعوائك أيها المدعي فكيف أقر، أو أنكر؟ قال الرعيني(23): ليس له ذلك، ولا بد له من الإقرار، أو الإنكار؛ فإن أبى من ذلك جبره القاضي، فإن أبى حبسه حتى يقر أو ينكر، فإن أقر غرم، وإن أنكر كلف المدعي البينة على أصل حقه، فإن طلب المدعي من القاضي أن يشهد على المجيب بجوابه أمره القاضي بذلك، وإن غفل المدعي عن ذلك أمره بذلك القاضي، قال ابن عبد السلام(24): وليس ذلك من تلقين الحجة المتفق على منعها.

فإن زعم أنه لا بينة له على ذلك، وطلب من المدعى عليه اليمين؛ فإن كانت الدعوى مما لا يجب على المدعى عليه فيها يمين: مثل دعوى القذف، أو القصاص، أو الجراح، أو دية الخطأ(25)، أو دعوى حوالة، أو كفالة، أو نكاح، أو عتاقة، أو تدبير، أو كتابة، أو دعوى أمة أن سيدها أولدها(26)،

^١ (وخال) هكذا في خ ٢

^٢ في ب زيادة (عليه)

^٣ في ب (وادعى عليه)

^٤ (كان) ليست في ت

وقال المسروق أنا أعرفه، قال مالك: إذا كانوا معروفين بذلك حلف المسروق، وصدق فيما عين، ونزلت بالمدينة، وحكم فيها عمر رضي الله عنه بذلك والمسروق مدع^١، ومنها مسألة منتهب الصرة من يد ربها والناس ينظرون إليه، فلما ردها إلى ربها اختلف مع ربها في العدد الذي كان فيها، قال أشهب ومطرف وابن كنانة: القول قول ربها، والظالم أحق أن يحمل عليه(١٧)، وربها مدع، ومنها مسألة النهباء يعدون على منزل رجل^٢، فينتهبونه، ويذهبون بما فيه، ولم يشهد عليهم بمعاينة شيء مما حملوا، وإنما شهد عليهم بالغارة فقط، قال: يحلف المغار عليه فيما يشبه أن يكون له، ويغرم النهباء، والمغار عليه مدع، قلت: هذا ما حضرني في هذا الوقت من هذه النظائر ومن بحث عليها يجد أكثر، ثم قال ابن رشد: فوجه معرفة الفصل في الحكم بين المتداعيين تمييز المدعي الذي يكلف إقامة البينة على دعواه، ولا يمكن من اليمين من المدعى عليه الذي يمكن من اليمين ولا يكلف إقامة البينة بالوقوف على العلة المفرقة بينهما الموجبة لتبديع المدعى عليه باليمين دون المدعي إذ قد يكون القول قول المدعي إذا كان في معنى المدعى عليه، قلت: كما هو في المسائل التي تقدمت، ثم قال: وقد يكون علي المدعى عليه إقامة البينة إذا كان في معنى المدعي.

قلت: لأن المدعى عليه لم يكن القول قوله من أجل أنه مدعى عليه، ولأن المدعي لم يكلف البينة على دعواه من أجل أنه مدع، إذ ليست الأحكام للأسماء، وإنما الأحكام للمعاني، فالمعنى الذي من أجله كان القول قول المدعى عليه هو أن له سببا يدل على صدقه دون المدعي في مجرد دعواه، وهو كون السلعة بيده إن كانت الدعوى في شيء بعينه أو كون ذمته بريئة على الأصل في براءة الذمة إن كانت الدعوى فيما في ذمته، والمعنى الذي من أجله وجب على المدعي إقامة البينة على دعواه هو تجريد دعواه من سبب يدل على صدقه فيما يدعيه، فإن كان له سبب يدل على تصديقه في قوله أقوى^٣ من سبب المدعى عليه كالشاهد الواحد أو الرهن أو ما أشبه ذلك من إرخاء الستر، وجب أن يبدأ باليمين دون المدعى عليه، فإن لم يكن لواحد منهما

^١ (ونزلت بالمدينة ... مدع) لم يرد ذلك في ب

^٢ (يعدون على منزل رجل) ليس ذلك في خ^٢

^٣ (أقوى) ليست في ب

فصل: في الحكم بين الرجلين يدعي أحدهما على صاحبه حقاً، فإذا حضرا بين يدي القاضي

سألهما، هل كل واحد منهما متكلم عن نفسه أو عن غيره، فإن بين كل واحد منهما أن كلامه هو

عن نفسه نظر المدعي منهما، وأمره بأن يكتب قوله ويجمع مطالبه.

قلت: وفي معرفة المدعي من المدعى عليه اضطراب وخوض^١ كان قديماً، وحديثاً، حتى قال

سعيد ابن المسيب (15) رضي الله عنه: أيما رجل علم المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما

يحكم به^٢ بينهما، المدعي أن يقول الرجل: قد كان، والمدعى عليه أن يقول الرجل: لم يكن.

قال ابن رشد رحمه الله: ليس على عمومته في كل موضع، وإنما يصح إذا تجردت دعوى المدعي

في قوله: قد كان من سبب يدل على تصديق دعواه، فإن كان له سبب يدل على تصديق دعواه^٣

أقوى من سبب المدعى عليه لم يكن يرى عليه اليمين، مثال ذلك من حاز شيئاً في مدة تكون

الحيازة فيها عاملة في وجه المدعي، وادعى الشراء لكان القول قوله مع يمينه في ذلك، وهو

مدع يقول: قد كان والمدعى عليه يقول: لم يكن، وكذلك المودع يدعي رد الوديعة القول

قوله، وهو مدع يقول: قد كان والمدعى عليه^٤ يقول: لم يكن ومثال ذلك كثير (16).

قلت: ومنها قول الميت: دمي عند فلان، يحلف الورثة خمسين يمينا وموروثهم مدع، ومنها الزوج

في اللعان مدع لنفي الحمل، أو الولد ويحلف وهو مدع، ومنها القاضي في التعديل والتجريح

يقبل قوله وهو مدع^٥، ومنها القاضي يقر أنه حكم على فلان بكذا، يقبل قوله على المشهور من

المذهب وهو مدع، ومنها الغاصب يدعي ضياع الشيء المغصوب يحلف على ضياعه، ويقبل قوله

وهو مدع^٦، ومنها اللصوص إذا قدموا بمتاع وادعى شخص أنه له، وأنهم نزعوه منه، حلف مدعي

ذلك وأخذه، وهو مدع، ومنها مسألة السمسار إذا ادعى عليه أنه غيب ما أعطي له للبيع وكان

معلوماً بالعداء، وبإنكار الناس، يحلف المدعي على السمسار، ويغرم السمسار، والطالب مدع، ومنها

السارق إذا ادعى عليه أنه سرق متاع رجل، وانتهب ماله، وأراد قتله، ولم يشهد عليه بذلك أحد،

^١ في خ (وخصوص)

^٢ (لم يلتبس عليه ما يحكم به) لم يرد ذلك في خ

^٣ (فإن كان ... دعواه) لم يرد ذلك في ب

^٤ (عليه) ليست في ب

^٥ (ومنها القاضي ... وهو مدع) لم يرد ذلك في خ

^٦ (ومنها الغاصب ... وهو مدع) لم يرد ذلك في ت

قال: إن كانت أفعاله مشوبة بالصلاح والفساد يصيب مرة، ويخطئ أخرى، ولم يكن معلنا بالسفه فأفعاله جائزة، وإن كان معلنا بالسفه، لا يزال مفسداً حيثما تقلب فأفعاله مردودة جملة من غير تفصيل بين أن يكون متصلاً بسفه أم لا، الرابع عن ابن القاسم ينظر إلى حاله يوم يبعه وابتاعه، فإن كان رشيداً جازت أفعاله، وإن كان سفيهاً لم يجز منها شيء.

قلت: والتقديم المذكور إما أن يكون في شيء مخصوص، مثل أن يقاسم عنه، أو يبيع عليه موضعاً، أو يكون عاماً في جميع أموره، فإن كان في شيء مخصوص هل تلزمه بسببه الولاية أم لا؟ اختلف فيه على أربعة أقوال: الأول منها أنه لا يدخل بسببه في الولاية، وهو المشهور، واختاره ابن سهل، الثاني أنه يدخل في الولاية بسببه، نقله ابن سهل أيضاً، الثالث فيه التفصيل إن كان التقديم المخصوص قبل بلوغه مضت القسمة، ولم تلزمه ولاية، وإن كان بعد بلوغه لزمته القسمة والولاية، الرابع نقله المتيطي عن ابن الشقاق (14)، وقال: إذا قدم عليه من يقاسم عليه قبل بلوغه لزمته القسمة، والولاية، وإن كان عاماً في جميع أموره فلا يخرج من الولاية التي لزمه حكمها حتى يخرجها منها المقدم، وهل للمقدم أن يخرج به بالإشهاد فقط، أو لا بد من ثبوت رشده عند القاضي أو الفشو في ذلك كاف؟ ثلاثة أقوال: الأول منها وهو المشهور: أنه لا يخرج به إلا بعد ثبوت رشده عند القاضي^١، واختلف به يثبت ذلك على ثلاثة أقوال: الأول منها بعدلين، الثاني لا يكتفى في ذلك إلا بأكثر من عدلين مع الفشو، الثالث يثبت بما تثبت به الشهادة في الأموال، الثاني من الثلاثة الأقوال التي تخرجه من الولاية^٢ أن له إخراجاً من غير مشورة القاضي وإن لم يعرف رشده إلا بقوله، الثالث لا يجوز إطلاقه إلا أن يكون معروفاً بالرشد، فإن لم يعرف رشده^٣ فلا يجوز له إطلاقه. ذكر ذلك كله ابن دبوس.

^١ (إما) ليست في ب

^٢ (أو الفشو ...) لم يرد ذلك في خ ٢

^٣ (من الولاية) لم ترد في ب

^٤ (لا) ليست في ب

^٥ (فإن لم يعرف رشده) لم يرد ذلك في خ ٢

مما يلزم القاضي أن يفعله لو رفع إليه، أو يمضيه إن رفع^١ بعد فعل^٢ السفية له، هل له أن يرده إن آل الأمر إلى نماء فيما باعه، أو نقصان فيما ابتاعه. قال ابن دبوس: المشهور من المذهب أن له رد ذلك وهو قول سحنون وعلله بأن قال لا يمضي عليه وقت من الزمان إلا وله نقض ذلك، وقال أصبغ: ليس له رد ذلك، وإذا وجبت عليه يمين في حال صغره لم يحلفها، وأرجئت عليه إلى بلوغه، ولو ادعى على رجل بحق ولم يقم له به شاهد فأبى المدعى عليه من اليمين، وردّها عليه لم يحلف الصغير، ويلزم المدعى عليه غرم ما ادعى عليه به، وترجأ له اليمين على الصغير إلى بلوغه، وإن شهد له عدل بحق لم يحلف الصغير مع شاهده، ويحلف المشهود عليه^٣، ثم يكون للصغير إذا بلغ أن يحلف مع شاهده ويأخذ حقه، فإن أبى الصغير بعد بلوغه من اليمين لم يكن له شيء، ولم يكن له استحلاف المشهود عليه ثانية؛ لأنه قد حلف له أولاً وإن نكل المشهود عليه غرم، ولم يكن على الصغير يمين^٤ إذا بلغ، وقال ابن حبيب: عليه اليمين إذا بلغ ورشد، فإن حلف قضي له^٥، وإن نكل رد إلى الطالب ما أخذ منه، وروي عن مالك والليث (١١) أن الصغير يحلف مع شاهده في حال صغره كالبالغ. وقال بعضهم: ضابط يمين السفية أنه يحلف فيما يقبض، ولا يحلف فيما يدفع، خلافا لابن عتاب (١٢) الذي يقول: لا يمين عليه في الوجهين حتى يخرج من الولاية.

وأما ما باعه بعد بلوغه^٦ وقبل أن يضرب على يديه فاختلف فيه على أربعة أقوال: الأول منها ما نقله ابن حبيب عن مالك أن أفعاله كلها جائزة، نافذة، اتصل سفهه أم لا، كان معلنا بالسفه أم لا، الثاني عن مطرف وابن الماجشون قالا: إذا كان متصل السفه من حين بلوغه فلا تمضي أفعاله؛ لأنه لم يزل في ولاية (١٣)، وأما أفعاله بعد أن أونس منه الرشد، وخالط وابتاع فجائزة لازمة له ما لم يكن بيعه بيع خدعة فلا يلزمه، ولا يتبع بالثمن إن أفسده، ولا يكون في ماله، وأما إن كان فيه غبن متقارب فهو ماض، ولم يفصل في هذا القول بين أن يكون معلنا بالسفه أم لا، الثالث عن أصبغ

^١ (أو يمضيه إن رفع) ليست في خ

^٢ (فعل) ليست في ب

^٣ (وترجأ ... ويحلف المشهود عليه) لم يرد ذلك في ت

^٤ (يمين) ليست في خ

^٥ (له) ليست في ب

^٦ (بعد بلوغه) ليست في ت

كان سئل عنه الفقيه الزرولبي (8) في سنة ست عشرة بعد سبعمائة^١ فأجاب بعدم الإعمال به، وقال: إن في ذلك توهينا للشهود.

قلت: ورسوم الإستروعات إما أن تكون في إثبات نكاح، أو طلاق، أو رجعة، أو ابتياع، أو حبس، أو وصية، أو صلح، أو هبة، أو صدقة، أو قتل، أو غير ذلك على ما يأتي بيان كل وثيقة في محلها إن شاء الله عز وجل. فإذا ثبت كما تقدم، وأعذر لمن له فيه الإعدار كما ذكر، وأجله، وانقضت الآجال، وعجز عما تأجل فيه، وعجزه القاضي لعجزه (9)، وصرف الشيء المثبت إلى^٢ من أثبتته قال ابن عبد الرقيق (10): من غير يمين تجب على المستحق، قال: وعليه العمل، وهو قول مالك، وقال ابن القاسم، وابن وهب: لا بد من اليمين أنه ما باع ولا وهب، ونقل عن بعض المتأخرين الفرق بين الاستحقاق من يد الغاصب، أو من يد غيره، فإن كان من يد الغاصب فلا يمين، وإن كان من يد غيره فلا بد من اليمين، وهذا في الأصول، وأما الحيوان والعروض فلا بد من اليمين^٣. وإن كان في موت وورثة فتبين الورثة، وتصفهم بالحضور إن كانوا حضورا، أو بالغيبة إن كانوا غيبا، أو بعضهم وموضع غيبتهم من بعدها وقربها، ومن أمن الطريق وخوفها، وصغر من هو صغير منهم، وإهماله إن كان مهملا، واحتياجه لناظر ينظر إليه، وتعين الناظر وتصفه بأنه أهل للتقديم، فإذا ثبت ذلك كله وضع القاضي بخطه ثبت، فيقدم على الصغير إن كان في الورثة صغيرا، أو على الغائب إن كان فيها غائبا، ثم يكتب الكاتب الحمد لله وحده، قدم قاضي الجماعة بمدينة كذا، وهو فلان بن فلان الفلاني أعزه الله تعالى وحرسها، ثم تبني على ما تقدم، إلا أنك تزيد في تقييد الإشهاد الشهادة على المقدم بقبول التقديم، وكذلك يقدم على من كان كبيرا، إذا ثبت موجب التقديم عليه لضعف في عقله، أو تبذير في ماله.

فإذا غفل عن التقديم على الصغير حتى باع، أو ابتاع قبل بلوغه، ثم إنه بلغ وولي أمر نفسه، وأراد أن ينظر في الذي باع، أو ابتاع، فإن نظر فيه فأمضى ما أمضى منه، فلا إشكال فيما أمضى بعد أن ولي أمر نفسه، وما لم يمضه اختلف فيه إذا كان فعله لذلك سدادا، أو نظرا في وقت بيعه^٤، وكان

^١ (وأما قبل ذلك . . . سبعمائة) لم يرد ذلك في ب

^٢ في ب، خ ١، خ ٢، س (على)

^٣ (وهذا في الأصول . . . اليمين) لم يرد ذلك في خ ٢

^٤ (بيعه) ليست في ب

غير الموت، والوراثة، وضع ثبت، فيعذر فيه، ويشهد عليه بتسجيله، وإن كان في الموت، والوراثة^١، فالذي جرى عليه العمل عدم الاستفصال، ويعذر فيه لغيره.

وصفة التسجيل أن يكتب الشاهد: الحمد لله وحده، أشهد قاضي الجماعة بمدينة كذا، وهو فلان بن فلان الفلاني أعزه الله تعالى، وحرسها، بثبوت رسم الاسترعاء، فوق^٢ عنده الثبوت التام لصحته عنده، وثبوت له بواجبه وهو حفظه الله تعالى بمجلس نظره، وقضائه، بحيث يجب له ذلك^٣ من حيث ذكر.

فإذا تم ذلك وشهد الشهود بثبوتهم عند القاضي، أوقف المشهود عليه، وسأله عما عنده فيه بعد أن يقرأ عليه، هل عنده فيه مدفع أم لا، فإن وافق عليه وقال: لا مدفع لي فيه، شهد عليه بذلك، وإن قال: لي فيه مدفع باستفصال^٤، أو تجريح، أو عداوة، أو غير ذلك سمعه منه، وأعذر إليه^٥، وضرب له من الأجل ما يقتضيه ذلك، على ما يأتي في ضرب الآجال، وأمر المتأجل بالإتيان في ما تأجل إليه بحميل بما يقتضيه الرسم المثبت على ما يأتي بيان ذلك في محله إن شاء الله تعالى.

فإذا أتى الخصم للقاضي بالبينة وصاحبه غائب فإنه يسمع منهم، وتقرأ على الغائب شهادتهم إذا قدم، إلا أن يكون المشهود عليه لا يعرفه الشهود إلا بشخصه، فلا بد من حضوره ليشهدوا على عينه، قاله ابن دبوس عن ابن القاسم، فإذا حضر الخصم المعروف المشهود عليه في غيبته أخبره القاضي بمن شهد عليه، فيدفع بما عنده من المدفع، قال ابن دبوس: وقال ابن الماجشون: إذا قدم الغائب قرأ عليه الشهادة، وذكر له الشهود، وقرأهم عليه، فإن طلب إعادتهم لم يمكنه القاضي من ذلك إلا أن يخشى دلسة، أو يستريب أمرا، فيجيبه إلى ذلك.

قلت: والعمل الآن بإعادة الشهود شهادتهم عند القاضي بمحضر عدلين يسمعان منهم؛ كان المشهود عليه حين الأداء حاضرا، أو غائبا، وهو المعبر عنه بالإستفصال^٦. وقد كان أحدث العمل به القاضي الفشتالي^٧ المتوفى في عشرة الثمانين بعد سبعمائة، وأما قبل ذلك فلم يجر به عمل،

^١ (وضع ثبت ... والوراثة) لم يرد ذلك في ب، خ ٢

^٢ (فوقه) هكذا في ب، ت، خ ٢، س

^٣ (بحيث يجب له ذلك) لم ترد هذه العبارة في ت، خ ١، خ ٢، س

^٤ (أم لا ... باستفصال) ليس ذلك في خ ١

المجلس الرابع

في ابتداء حكمه بين الخصمين

يأمر بحضور عدلين يجلسان معه لتقييد الإقرار والإنكار الواقع في مجلسه، وفائدته ما نقله ابن سهل عن ابن الفخار (1) أن القاضي لا يحكم بعلمه، ولا بما أقر به عنده دون بينة تشهد بذلك، فإذا جلس بمحضرهما فينبغي له أن يبدأ بسماع البينة في الإستدعاءات^١؛ لأن على أربابها مشقة^٢ في جمعها،

قال ابن حارث (2): سمعت من بعض الحكام أنه يوصي على البينات، ويقول للقاضي: الله الله في البينة إذا حضرت، لا يمطل بالدخول لها (3)؛ لأن ذلك من الضرر على المسلمين، ونقل عن بعض من امتحن بالخصومة أنه كان يقول: تنقيل الجبال أسهل من تنقيل البينات، فيسمع من شهود الإستدعاء شهادتهم، فإذا فهمها: فإن كانت شهادة لا توجب حكماً أعرض عنها إعراضاً جميلاً، وأمرهم بالقيام عنه، وأعلم المدعي أنه لم يأت بشيء ينتفع به، وإن كانت نافعة سألهم فمن شهد له بإجمال سأل عن تفسيره، ومن شهد له بإطلاق سأل عن تقييده، ويوقع^٣ على من شهد منهم شهد، فإن عرفه القاضي بكنية كتبها، أو بصناعة ذيل عليه بها، فيقول: شهد حداد، أو بزاز، أو خراز، أو ما كان، حتى يأتي على آخرهم، ومن كان منهم موسوماً بالعدالة، وعرفه أوقع عليه شهد وقبل.

قال ابن دبوس عن أشهب في المجموعة (4): ينبغي للقاضي إذا شهد عنده الشهود أن يكتب على كل واحد اسمه، ونسبه، ومسكنه، ومسجده الذي يصلي فيه، ويذكر حليته، ومثله في كتاب ابن حبيب عن مطرف، وابن الماجشون؛ فإذا حصلت عنده هذه الشهادة بمن يكتفى به أوقع عقبهم: اكتفى أو ثبت، وجرى عملهم في إثبات الأصول باكتفى، وفي غيرها بثبت، فإن كان في

^١ في ب (الإستدعاءات)

^٢ (مشقة) ليست في ب

^٣ في خ (ويوضع)

لوجه منفعة ليعيده^١، ثم عجز عن ذلك واستغنى عنه فلا يجبر على إعادته، ويقال للآخر استر على نفسك في أرضك إن شئت، الثاني نقل ابن حبيب في الواضحة عن ابن الماجشون، وسحنون عن ابن كنانة(22)، أن صاحبه يجبر على إعادته ولو كان ضعيفا، أحب، أم كره، لأنه حق لجاره عليه حين قامت دار جاره بستر ذلك الجدار، الثالث نقل ابن حبيب أيضا عن مطرف لا يعجل ذلك عليه، ثم يقال لصاحبه: استر على نفسك إن وجد سترا، وإن لم يجد سترا وكانت له عورة أجبر صاحبه على أن يبنيه على ما كان أحب، أم كره، قال ابن حبيب: وبه أقول، الرابع روى يحيى(23) عن ابن القاسم أن رب الحائط إن كان قويا أجبر، وإن كان ضعيفا لا يجبر، والمشهور أنه لا يجبر وبه الفتوى، الوجه الثاني إذا كان ضعيفا يخشى سقوطه وأراد ربه هدمه هدمه باتفاق، الوجه الثالث إن انهدم بأمر من الله عز وجل هل يجبر على إعادته أم لا؟ اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: الأول لابن القاسم لا يجبر ربه ويقال لجاره استر على نفسك في أرضك إن شئت، أو دع، الثاني لابن كنانة، وابن الماجشون، وسحنون، يجبر ربه على بنائه، الثالث لمطرف لا يجبر على بنائه، ويقال للآخر استر على نفسك، فإن كانت له عورة ولم يقدر على تجديده قيل لربه ابنه، والمشهور منها الأول، فهذا ما حضرنا من الكلام على المباني في هذا المختصر، ومن أراد الإكثار فلينظر المطولات(24) في ذلك والله الهادي إلى التوفيق.

^١ في ب ، خ ١ ، س (لفسده) وفي ت (لفسدة)
^٢ (لا) ليست في خ ٢

فإن كان لأحدهما فيه عقد وللآخر فيه باب حازه بالغلق، أو طاق، فهو بينهما نصفين، والطاق والباب هو مثل العقد^١.

فإن كان لأحدهما عقد وللآخر عليه حمل خشب فهو لصاحب العقد، ولصاحب الخشب خشبه. فإن انهدم الحائط حكم على صاحب العقد ببنائه، وينظر في الخشب؛ إن كانت بعارية فلا يردها إلا بعارية مبتدأة، وإن كانت ملكاً أمر بأن يردها كما كانت، قاله ابن عبد الحكم.

وأما إن كان الحائط بين دارين وليس لأحد فيه عقد، ولا مرافق فهو بينهما نصفين، وهل بعد أيماهما أو من غير يمين، بالثاني^٢ قال ابن القاسم، وابن عبد الحكم، وسحنون، وعيسى، (16) وبالأول قال ابن القاسم أيضاً، وابن حبيب عن مطرف، وابن الماجشون، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر فهو للحالف منهما، وإن كان الحائط بينهما^٣ وليس لأحدهما فيه عقد ولا غيره مما ذكرنا، إلا أن وجهه لأحدهما، فقال سحنون في النوادر: هو بينهما، وقال ابن شاس (17)، واللمحي (18): هو لمن إليه وجهه منهما.

فإن كان الحائط لأحدهما بما ذكر من الأدلة، وهو للآخر سترة وانهدم هل يجبر ربه على بنائه أم لا؟

قلت: فالحائط المذكور لا يخلو حاله من ثلاثة أوجه: إما أن يكون قويا لا يخشى سقوطه فيريد ربه هدمه، أو يكون ضعيفا يخشى سقوطه فيريد ربه هدمه، أو يكون قد انهدم بأمر من الله عز وجل، فأما إن كان قويا وأراد ربه هدمه^٤: فإما أن يكون أراد بهدمه ضرر جاره، أو منفعة نفسه وضرر جاره، فلا يمكن من هدمه، قاله ابن القاسم في العتبية (19)، وقاله أشهب، وابن نافع (20)، وبه أخذ ابن حبيب، واستدل بقول النبي صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) (21)، فإن وقع ونزل وهدمه هل يجبر على إعادته أم لا؟ المشهور أنه يجبر على إعادته، وإن هدمه لمنفعة نفسه اختلف في إعادته على أربعة أقوال: الأول منها ما رواه عيسى عن ابن القاسم في العتبية إن هدمه

^١ (فإن كان لأحدهما ... هو مثل العقد) لم يرد ذلك في خ ٢

^٢ (بالثاني) سقطت من ب

^٣ (وإن حلف ... بينهما) سقط ذلك من ب، ت، خ، ١، خ ٢

^٤ (أو يكون قد ... ربه هدمه) سقط من ب

على بعض كاشتباك الأصابع، وهل القمط هو العقد، أو غيره، فيه خلاف، وكذلك يحكم بالحائط لمن له فيه عقد واحد، فإن لم يكن فيه عقد وكان قد جاز عن أحد الدارين فالحائط لمن جاز إليه، فإن لم يجز وكان مقبلا من طرفيه، وهو بين دارين^١ متسامتين، لم تجز إحداهما عن الأخرى، فينظر: إن ذكراً أهل البصر أن به بابا فالحائط لمن تغلق الباب لناحيته، فإن لم يكن فيه باب وذكروا أن به طاقة غير نافذة فالحائط لمن الطاق إلى ناحيته، فإن لم يكن به طاق وذكروا أن وجهه إلى إحدى الدارين، فالحائط لمن الوجه إليه، وقيل إن الوجه هو القمط، وقيل القمط هي السواري التي تبنى في الحائط، فإن كانت فيه سواري مبنية فالحائط^٢ لمن هي من جهته، فإن عرى عن هذه الأدلة مع كونه مقبلا من طرفيه وعليه حمل خشب، فالحائط لمن حمل الخشب عليه.

قلت: هذه العلامات المذكورة يحكم بها لمن هي من ناحيته على مذهب ابن القاسم، نقله عنه ابن عبد الحكم، وقاله سحنون في كتاب ابنه (12)، وخالف مطرف وابن الماجشون في حمل الخشب وقالوا: لا^٣ يملك الحائط بحمل الخشب عليه، وفصل ابن الرامي التونسي (13) في الخشب بين أن تكون مبنيا عليها، أو تكون مزرقه، فإن كانت مبنيا عليها كان الحائط لمن هو الخشب من جهته^٤، وإن كانت مزرقه فلا توجب ملكا، ونقل مثل هذا التفصيل عن سحنون.

فإن كان الحائط لا عقد فيه لواحد منهما وعليه خشب لهما، فإن تساوت الخشب في العدد، أو تقاربت، كان على السواء بينهما، قاله ابن القاسم، وأشهب، وسحنون، وإن كان لأحدهما جائزه، وللآخر عشرة، كان بينهما نصفين، قاله ابن حبيب عن مطرف، وابن الماجشون، وسحنون، وقال أبو محمد ابن أبي زيد: يكون بينهما بقدر عدد ما لكل واحد منهما، نقله في النوادر (14) عن ابن شعبان (15). فإن كان فيه لأحدهما باب وللآخر حمل خشب فهو لصاحب الباب، قاله سحنون، ومطرف، وابن الماجشون.

^١ (دارين) ليست في ب

^٢ في ت (فيذكر)

^٣ في ب (ذلك)

^٤ (فإن كانت ... فالحائط) لم يرد ذلك في ت

^٥ سقط من س (لا) النافية

^٦ (من جهته) ليست في ب، ت، خ، ١، ٢

المدعي الفساد: كيف تعلم أن ذلك لا يجوز، وتتجراً عليه، فيقول: حين العقد لم أعلم أن ذلك لا يجوز، ويكون ممن يجهل ذلك والآن أعلمت بعدم جواز ذلك، فيحلف على دعواه، ويذهب بسلام، وإذا قرر عليه حين عقد المعاملة أن ذلك حرام لا يجوز، وادعى فساد المعاملة أدب على تجرئته على الحرام، فهذا فائدة هذا.

وقولنا: وأن لا يشهدوا على الزوج في الرجعة من الطلاق الرجعي إن مضى لتاريخ الطلاق أكثر من شهر حتى يشهدوا على المرأة، فيه احتياط لصحة الرجعة مخافة أن تكون عدتها قد انقضت، هذا إذا كانت ممن تحيض فيجبرها على الرجعة في موضع لا يملك فيه الإيجاب عليها، فتبقى معه في الحرام.

فهذه فوائد هذه الشروط المذكورة، وبعد تمام الشروط التي تشترط عليهم ينظر في أحوالهم مع الناس في الأجرة على كتب^١ الرسوم، ويحذرهم من أن يكلفوا الناس في الأجرة أكثر مما يستحقون.

فإذا تم ذلك أخذ في النظر في شهود أهل البصر في المباني، ويختبر أحوالهم، ويحدد لهم في أجرتهم، ويشترط عليهم شروطاً منها أن لا يحكموا في حائط لأحد المتنازعين، وإنما يصفوه فقط بوصف يزيل الإشكال، ويوضح البيان، فيصفوا الدار أو الحانوت أو الفندق أو غير ذلك بوصف لم يبق معه احتمال باعتبار الخشب والحيطان، هل هي معقودة إليها، أو جائزة عنها، أو مقبلة في منتهى حدها، يصف ذلك من جهاتها الأربع إذا كان البائع شرط ذلك على المشتري، وإن كان النزاع بين متنازعين نظر فيه القاضي بعد أداء شهادتهم فيه وحكم بمقتضاه.

فذكر الآن علامات ما يستحق الحق بها فأقول: إن كان النزاع في حائط بين دارين نظر القاضي فيما شهد به أهل البصر فإن شهدوا أن الحائط معقود^٢ من الجهتين لناحية دار من الدارين حكم به لمن العقد إليه، وحقيقة العقد أن يكون الركن الذي يجتمع فيه طرفا الحائط آجره مركب بعضه

^١ (التي تكتب فيها الرسوم) هكذا وردت في خ ٢

^٢ (على كتب ... يكلفوا الناس في الأجرة) سقط ذلك من ب

^٣ سقط من ب كلمت (أخذ)

^٤ (ويحدد لهم) ليست في ب

^٥ (معقود) ليست في ت

وقولنا: وأن لا يمكن المطلق^١ من براءة الطلاق إن كان بالثلاث إلا بعد نسخها في زمام القضاء فيه تحفظ، واحتياط لما يتحمله من لا دين له إذا أراد الإرتجاع بعد وقوع الثلاثة أخفى براءة الثلاثة، وأظهر غيرها إن كانت عنده بطلقة أو طلقتين، أو يأتي إلى الشهود ويشهدهم بأنه كان أوقع على زوجته فلانة منذ كذا طلقة واحدة^٢ وضاعت، فأشهد على نفسه الآن بذلك، ثم يراجعها، فإذا كانت منسوخة في الزمام كما تقدم استظهر الشاهد الذي نسخها في زمامه بها.

ونزلت مسألة من هذا المعنى في رجل طلق زوجته بالثلاثة في كلمة واحدة، ثم ندم فذهب لشهود آخرين فأشهدهم أنه طلق زوجته المذكورة طلقة واحدة، وبقي أيما وأراد أن يراجعها، وكانت براءة الثلاثة نسخت في الصداق فحين طلب الزوج والزوجة من الشهود أن يشهدوا عليهما بالمراجعة، طلب لهما رسم الصداق فقالا: ضاع لنا، فأمرهما بإثبات الزوجية فثبتت، وأمرهما القاضي بأن يحلفا على صحة النكاح بينهما، وأنهما لم يقع بينهما غير الطلقة الواحدة المنتسخة أعلى رسم الزوجية على ما جرى عليه العمل بذلك، سدا للذريعة فحلفا، وتراجعا، فسمع بذلك شاهد الثلاثة، فأخرج براءة الثلاثة من زمام القضاء، ورفع ذلك لمن له النظر في الأحكام الشرعية، ففرق بينهما وحصل لهما من الأدب ما يليق بهما، فهذه فائدة نسخها في الزمام.

وقولنا: وأن لا يأخذوا على الأداء أجرا؛ لأن ذلك من أكل المال بالباطل، ولقول مولانا عز وجل: [ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا] (١١).

وقولنا: وأن لا يكتبوا التصديق في الضرر بين الزوجين إلا بيمين تحفظا للعصمة؛ لأنها إذا جعلت بيد المرأة من غير يمين تطلق نفسها إن رأت منه ما تكره وإن لم يكن ذلك ضررا بها لما يعلم من ضعف عقلهن، وعدم أمنهن، فإذا كان ذلك بيمين فالغالب عليهن توقي اليمين في الجامع فيحتفظ للعصمة بذلك.

وقولنا: في الإشهاد على الراهن والمرتهن إلى آخره، فيه فائدة لسد الذريعة؛ لما غلب على معاملات الناس في هذا الزمان^٣ من الفساد، فصار القول قول مدعي الفساد لغلبته، فيقال للراهن

^١ في س الشاهد

^٢ سقط من ب عبارة (طلقة واحدة)

^٣ سقط من خ ١ عبارة (في هذا الزمان)

وقولنا: وأن لا يكتبوا التصديق، لأن ذلك من باب هدية المديان، ولعدم الأمن في الناس.
 وقولنا: وأن لا يشهدوا في بيع الأصول إلى آخره، فائدة ذلك رفع الشغب بين المتبايعين من القيام
 بالعيب: إما أن يرد المبيع لأجله، وإما أن يرجع عليه بقيمته، فإذا ثبتت العيوب ارتفع الشغب
 ولزم المشتري مشتراه.

وقولنا: وأن لا يكتبوا ملاء الدمة، لأنها من باب هدية المديان.
 وقولنا: وأن يتحفظوا في المعرف^١ في التعريف هذا فصل عظيم، وقل من ينضبط له، وحكم
 الحاكم هو مبني على شهادة الشاهد، وشهادة الشاهد هي مبنية على التعريف بالمشهود عليه،
 فوجب أن يتحفظ للتعريف بالتحفظ الذي لا يخدع معه الشاهد بما يوثق به، فإن لم يجد إلى ذلك
 سبيلا حلّى الشاهد المشهود^٢ عليه بحلاه كلها(٩).

قال ابن رشد في أجوبته: إذا أتت امرأة لشاهد يشهد عليها والشاهد لا يعرفها إلا بقول امرأة
 ووثق بها، فشهادته عاملة إذا كان هو المبتدي لسؤالها؛ لأن ذلك من باب قبول قول^٣ الواحد،
 وأما إذا لم يبتد هو سؤالها، وإنما قالت ذلك هي ابتداء على سبيل الشهادة عنده بذلك، مثل أن
 تكون المرأة التي أشهدته على نفسها أتت بالمرأة، وهو يعرفها بالثقة، فقالت له: هذه فلانة تعرف
 أنها فلانة بنت فلان، فلا يجوز له أن يشهد عليها بتعريف المرأة له على هذا الوجه، وإن كانت
 عنده ثقة، فإن جهل وشهد سقطت شهادته عليها، ولم يكن ذلك بجرحه في شهادته فيما سوى
 ذلك(١٠)، قلت: فحصل من هذا أن تعريف المعرف إن كان على وجه استغفال غير مقصود
 للتعريف صح تعريفه، وإلا فلا، وقال في شهادة البيان: إذا عرف الشاهد الأول المشهود عليه اكتفى
 الثاني بتعريفه، قلت: ورأيت بعض الموثقين ينكرون ذلك، ويقولون: إن فعل هذا صار الرسم
 بشاهد واحد، وإنما يصح التعريف من غير الشاهد الأول، ويبينون^٤ ذلك، ويكتبون بعد وضع الثاني
 شهادته، وعرف به غير الأول.

^١ (وأن يتحفظوا في المعرف) هذه الزيادة في ب فقط

^٢ سقطت من ت كلمة (المشهود)

^٣ كلمت (قول) سقطت من ت، خ، ١، خ

^٤ في خ ١ ويبينون على ذلك

الولاية للولي إن كان لها ولي، أو للقاضي، إن لم يكن لها ولي، إلا أن يكون وليها معروفا عندهم، فلا يحتاج إلى ثبوته، ويكتفى بمعرفتهم بذلك، ويقيدها عند تقييد الإشهاد، يقول: وعرف صحة الولاية، وأن لا يشهدوا في بيع الرقيق إلا على البراءة⁽⁷⁾، وأن لا يشهدوا في بيع الأصول إلا بعد ثبوت العيوب، وأن لا يشهدوا في الإستحفاظ، وأن لا يكتبوا التصديق لرب الدين في الإقتضاء، وأن لا يكتبوا^١ اشهاد الغريم بملاء الدمة، وأن يتحفظوا في المعرف أن لا يكون مقصودا من المشهود عليه، وإنما يكون على وجه الإستغفال، وأن لا يمكنوا المطلق من براءة الطلاق إن كان بالثلاثة إلا بعد نسخها في زمام القضاء، وأن لا يأخذوا على الأداء أجرا، وأن لا يكتبوا التصديق في دعوى الضرر بين الزوجين إلا بيمين، وأن لا يشهدوا في الرهان حتى يقرروا على الراهن أن إظهار العروض للشهود، وإعطاء الدراهم حرام لا يجوز، وأن لا يكتبوا الإشهاد على الزوج بالرجعة⁽⁸⁾ في الطلاق الرجعي بعد مضي شهر من تاريخ الطلاق حتى يشهدوا على المطلقة أن عدتها لم تنقض.

قلت: ونبين الآن فائدة هذه الشروط بما تيسر، فقولنا: أن لا يشهدوا في عقد النكاح الى آخره فائدته التحفظ على الولاية لأن الناس جرت عادتهم بالتسامح في ذلك تقول المرأة لزوج أمها هذا والدي، ولأخيها من الرضاعة هذا أخي، فيزوجها غير ولي، فان عثر عليه يحتاج إلى فسحه، وإن لم يعثر عليه بقي على فساده، وفيه من الخلاف بعد الوقوع والنزول ما هو مسطر في كتب الفقه، حصل فيه بعض المشايخ سبعة أقوال، فإذا ثبت ذلك السبب عند القاضي زال ذلك الشغب، ووقع النكاح على وجه صحيح .

وقولنا: وأن لا يشهدوا في بيع الرقيق إلا على البراءة، فائدته إذا قام المشتري بعيب يديعه، ويثبته، وقدمه، وقل من يوثق به في إثباته وقدمه،^٢ فيؤول ذلك إلى شغب بين البائع والمبتاع، فإذا كان على البراءة مما لم يعلمه البائع، زال الشغب وارتفع النزاع. وقولنا: وأن لا يشهدوا في الاستحفاظ، لأنه خدعة ولا ينضبط عقد لأحد، ولا يعلم بلزومه، وأكثر من يفعله أهل التحيل والخداع .

^١ في ت وأن لا يشهدوا

^٢ (وقل من ... وقدمه) هذه الزيادة ليست في ت

المجلس الثالث

في صفة جلوسه للحكومة وتصرفه فيه

قال ابن دبوس: يستحب للقاضي إذا قعد للنظر بين الناس أن يستقبل القبلة، ويكون جلوسه متربعا أو محتبيا، وعليه السكينة والوقار، وقال محمد بن عبد الحكم: لا يبالي أي جلسة جلس متربعا أو متكئا أو غير ذلك مما يرتفق به، لأن في رفقه بنفسه قوة له على الفهم .

قلت: وذلك بعد أن يركع ركعتين، ويدعو لنفسه بالتوفيق والتسديد، واختلف في الموضع الذي يجلس فيه للقضاء على ثلاثة أقوال: الأول^١ منها لمالك في المدونة (١) قال: القضاء في المسجد من الأمر القديم وعلل بأن يصل إليه الشريف، والمشروف، والضعيف، والأدنى من الناس، والنساء، ولا يختفي فيه عن أحد، (٢) الثاني في كتاب ابن حبيب (٣) قال: كان من مضي من القضاة لا يجلس إلا في رحاب المسجد خارجا عنه إما في موضع الجنائز وإما في رحبة دار مروان وكانت تسمى برحبة القضاء، قال مالك: وإني لأحب^٢ ذلك في الأمصار من غير تضيق؛ ليصل إليه اليهودي، والنصراني، والحائض، والنفساء، والضعيف، وهو أقرب إلى التواضع لله عز وجل، الثالث لأشهب، قال أشهب: لا بأس أن يقضي في منزله وحيث أحب، ولكل قول من هذه الأقوال وجه، وأظهرها ما في كتاب ابن حبيب الذي لا تحجير فيه على أحد، ولا ضرر على المسجد ولا على الخصماء أن شاء الله.

فصل: وأول ما ينظر فيه بعد جلوسه ما يحتاج إلى انضباط الأحكام به وهم الشهود المبرزون (٤) للشهادة، فينظر في أمورهم بعد أن يندبرهم ويقول لهم: يا معشر الشهود أنتم القضاة والقاضي هو المنفذ، ويقول لهم: قال الله عز وجل: [ستكتب شهادتهم ويسألون] (٥)، وورد في بعض الأخبار أن الله تعالى يقول: (لا تشهد بما لم يقرع عليه سمعك، ويعقد عليه قلبك، فإني موقف أهل الشهادة على شهادتهم، وسألتهم عنها سؤالا عنيفا) (٦)، وبعد أن يشترط عليهم من الشروط ما يحتاط بها لحقوق المسلمين وفروجهم، فمنها أن لا يشهدوا في عقد النكاح إلا بعد ثبوت سبب

^١ (الأقوال) هكذا في خ ٢

^٢ هكذا في خ ١ وفي ب، س (لأحتسب) وفي ت (لا أحسب) أما في خ ٢ فهي (قال إنما اجتبت)

^٣ (ويقول لهم ... هو المنفذ) هذه الزيادة ليست في ب

أكل فلا وصم^١ عليه في الأكل، قال ابن دبوس: وترك الأكل أنزه له، والنزاهة في جميع الأشياء أجمل به، واختلف هل يجيب الى غيرها، فقال مطرف(37) وابن الماجشون:(38) لا يجيب من دعاه في غير الوليمة إلا أن يكون الأخ في الله، أو من خاصة أهله، وقال أشهب: لا بأس بالإجابة في الوليمة، أو في صنيع عام، ولا بأس له في عيادة المرضى، ويسلم على أهل المجلس، ولا يمزح مع أحد، ولا يتضاحك مع الناس، ويلزم العبوس من غير غضب، ولا عنف .

^١ (وهم) هكنا في ب

فصل: في الذي يطلب من القاضي في أحواله وتصرفاته: وهو أن يكون ذا نزاهة وهمة، لا يقبل هدية من أحد من الناس، وإن كان بعض الناس شرط أن لا يقبل هدية ممن ليس بينه وبينه قرابة، ولا من أجنبي كان لا يهدى له قبل ذلك، وإن كافأ عليها بأضعافها، إلا مثل الولد والوالد وأشباههما من خاصة القرابة، وقال سحنون: ومثل الخالة والعمة وبنت الأخ، وقال ابن عبد الحكم: (27) لا يقبل الهدية ممن يخاصم عنده، ويقبلها من إخوانه الذين يعرف له القبول^١ منهم قبل أن يستقضى، وقد كان عمر يقبل الهدية من إخوانه، وقال أشهب: (28) لا ينبغي له أن يقبل الهدية من خصم إلا أن يكافئ عليها بمثلها وإن كان يهاديه قبل ذلك.

قلت: والذي ينبغي للقاضي أن لا يقبل الهدية من أحد ولو كافأ عليها بأضعافها، وفي بعض الكتب الهدية تطفئ نور الحكمة، وقال ربيعة: (29) إياك والهدية فإنها ذريعة إلى الرشوة (30).

قلت: نقل ابن عرفة (31) أن أول من رشا في الإسلام المغيرة ابن شعبة؛ (32) قال: إن كان ليصرف الدرهم في يدي أعطيه يرفأ^٢ (33) ليستأذن لي على عمر، ويرفأ أول من قبل الرشوة في الإسلام، فينبغي له أن يجتنب كل ما يؤول أمره إلى التهمة.

نقل ابن بشتغير^٣ (34) عن أبي محمد ابن أبي زيد (35) أنه سئل عن القاضي يحكم في القضية فيسأله الطالب أن يكتب له كتاب الحكم وليس في البلد من يحسن ذلك إلا القاضي، هل يسعه أن يكتب له؟ وإن كتب له هل يأخذ على ذلك أجراً؟ وقد يعطى أضعاف الأجر، فأجاب: لو تركه يكتب عند من يوجد، ثم يصلح له، ويزيد وينقص، كان أنزه له، وإن كتب أخذ أجره ولكنه ذريعة أن ينسب إليه الناس سوءاً، ويظنوا به مالا ينبغي، فسد التهم عمن ليس بمعصوم أنزه له، فيجتنب الهدية ما أمكنه، وإن كان سيد المرسلين يقبل الهدية فذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم.

ولا بأس بإجابته لمن دعاه إلى حضور جنازة أو وليمة؛ للحديث الوارد في الوليمة عن النبي صلى الله عليه وسلم^٤ في إجابته الدعوى إليها، (36) قال أبو محمد: وهو في الأكل بالخيار، ولو

^١ (القبول) لم ترد في خ^٢

^٢ هكذا في ت، خ^٢ وفي ب، س (يرق) وفي خ^١ بياض

^٣ في ت ابن بشير، وفي ب، خ^١ (ابن يشتغير) وفي خ^٢ (ابن يشتغير).

^٤ (ولا بأس ... صلى الله عليه وسلم) هذه الزيادة ليست في ب

وأما كونه عدلا، فلأن من لا تجوز شهادته لا ينفذ قضاؤه، وقال أصبغ: (18) فإن لم يوجد إلا عالم غير عدل أو عدل غير عالم استقضى العدل وأمر أن يستشير ويجتهد، ثم قال أصبغ: إن لم يوجد إلا رجلان أحدهما عدل مأمون لا علم له بالقضاء والآخر عالم وليس كالأول في العدل والأمانة، فليول العالم،^١ وإن كان العالم غير مرض ولا مؤتمن به فلا يولي هذا ولا هذا، ثم قال: فإن لم يوجد في البلد غيرهما فليول العدل وإن وصف بالجهل، ويؤمر أن يجتهد ويستشير، وزاد بعضهم على السبعة المذكورة أن يكون سميعا غير أصم، وأن لا يكون ولد زنى، ولا أبكم.^٢

فصل: وأما شروط الكمال فيه فهي: أن يكون مطلعا على أقضية من مضى لكي يعلم ما جرى عليه العمل (19) وأن يكون بلديا،^٣ وأن يكون مستشيرا للعلماء، غير متكبر على أهل العلم، وأن يكون نزيها عما في أيدي الناس، مستخفا بالأئمة غير هيوب لهم، وأن يكون غنيا، حليما على الخصماء، فطنا حسن النظر لنفسه ولغيره، غير مخدوع في عقله، (20) قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (لا يصلح للقضاء إلا الشديد من غير عنف، اللين من غير ضعف، الجواد من غير سرف، البخيل من غير وكف) (21)، وقال مالك: ينبغي أن لا يستقضى إلا أشراف الناس وكبرائهم لأن ذلك أنفذ لقضائه في أوامره ونواهيه، وأن لا يكون فقيرا، فإن لم يوجد في البلد غيره لأجل علمه أغني ووديت عنه ديونه؛ قاله محمد بن سحنون (22) وحكاه عن أبيه، وأن لا يكون طالبا عليه فإن طلب عليه فلا يولى ولا يمكن من ذلك لأنه غير معان ولا مؤيد لقول عمر: (لا نولى عملنا من أرادته وحرص عليه) (23)، فإن وجدت هذه الشروط المذكورة كان كامل الأوصاف وإلا كان وصما فيه ونقصا، وذكر البرزلي: (24) من شروط الكمال: أن لا يكون محدودا (25)، ولا مطعوناً عليه في نسبه^٤ بولادة لعان أو زنى (26)، وأن لا يكون أميا .

^١ في خ ٢ العدل

^٢ في خ ٢ ولا يحكم

^٣ (وأن يكون بلديا) هذه الزيادة لم ترد في ت

^٤ في ب ، خ ٢ وصفا

^٥ في خ ١ ، خ ٢ نفسه

المسلمين وكونه ناقص الحرية ، واختلف في أحكامه إذا حكم بعد عتقه فقال سحنون: (11) لا يجوز أن يستقضى؛ خوف أن تستحق رقبتك فتذهب أحكام الناس، وقال غيره: ^١ يستقضى كما تجوز شهادته، وأما كونه عالما، فقال المتيطي: صفة من يصلح للقضاء من اجتمع فيه الدين، والعلم بما يحتاج إليه من الكتاب، والسنة، والفروع، ونقل عن مالك في الواضحة (12) أنه قال: لا أرى خصال القضاء تجتمع اليوم في أحد، فإن اجتمع فيه منها خصلتان استقضى، وهما العلم والورع، ^٢ وقال ابن حبيب: (13) إن لم يكن علم فعقل وورع؛ فإنه بالعقل يسأل وبالورع يعف، وإذا طلب العلم وجده، وإذا طلب العقل لم يجده.

قال القرافي (14) في الفرق السادس والتسعين: أعلم أنه يجب أن يقدم في كل ولاية من هو أقوم بمصلحتها على من هو دونه، فيقدم في القضاء ^٣ من هو أعرف بالأحكام الشرعية، وأشد تفتنا بحجج الخصوم، وخدع المتحاكمين، وبه يظهر الجمع بينه ^٤ وبين قوله عليه الصلاة والسلام: (أعلمكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل) (15) وإذا كان معاذ ^٥ أعرف بالحلال والحرام فهو معني أقضى، غير أن القضاء لما كان يرجع إلى معرفة الحجج، والتفتن لها، كان زائدا على معرفة الحلال والحرام؛ فقد يكون الإنسان شديد المعرفة بالحلال والحرام وهو يخدع بأيسر الشبهات، فالقضاء عبارة عن هذا التفتن ^٦، ولذلك قال عليه الصلاة والسلام: (إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأقضي عليه على نحو ما أسمع ... الحديث) (16) فدل ذلك على أن القضاء تتبع الحجج وأحوالها، فمن كان لها أشد تفتنا كان أقضى من غيره، ويتقدم في القضاء، ويتقدم من ^٧ هو أعلم بتنمية الأموال للأيتام ^٨ ومقادير النفقات، وأحوال الكوافل، والمناظرات عند الحكام عن أموال الأيتام ^٩ (17) .

^١ سقط من خ ٢ (وغيره)

^٢ سقط من خ ٢ (ونقل عن مالك ... والورع)

^٣ سقط من ب (في القضاء)

^٤ سقط من ب ، ت ، خ ، ١ ، س (بينه)

^٥ في ب (معناه)

^٦ (بالحلال والحرام) هذه الزيادة ليست في ب

^٧ (لها كان ... التفتن) هذه الزيادة ليست في خ ٢

^٨ (ويتقدم من) هذه الزيادة ليست في ب

^٩ في ب للأموال

^{١٠} في خ ١ عن أحوال الأحكام ، وفي ب عن أقوال الأحكام

المجلس الثاني

في الشروط المشتركة في القاضي سده الله

فشرطه أن يكون ذكرا، بالغاً، واحداً، بصيراً، مسلماً، حراً، عالماً، عدلاً.

قلت: أما كونه ذكراً، فهو شرط عند مالك، وليس بشرط عند أبي حنيفة في الأموال، وليس بشرط

عند محمد بن الحسن (1) مطلقاً (2).

وأما كونه بالغاً، لأن من لا تجوز شهادته لا يجوز حكمه، ولا تجوز شهادة غير البالغ (3)، قال ابن

القاسم: (4) لا تجوز شهادة ابن خمس عشرة سنة^١ إن لم يحتلم حتى يبلغ ثماني عشرة سنة، وقال

ابن وهب: (5) تجوز شهادة ابن خمس عشرة سنة وإن لم يحتلم، ونقل ابن رشد (6) عن ابن

القاسم لا تجوز شهادته إن لم يحتلم حتى يبلغ سبع عشرة سنة^٢، وأما كونه واحداً، معناه ألا يكون

القضاء مشتركاً بين قاضيين فأكثر، وأما إن كان كل واحد منهما ينفذ ما جعل له فلا بأس بذلك،

وعليه إجماع الأمة، ومثل هذا ذكر ابن سهل في خطط القضاء (7)، وأما كونه بصيراً قال

المتيطي: (8) ليس البصر بشرط صحة في الولاية، إلا أن عدمه يوجب فسخ الولاية، فإن ولي

وجب أن يعزل متى عثر عليه، ويكون ما مضى من أحكامه جائزاً، وقال غيره: لأن في تقديمه

للقضاء تضيقاً على المسلمين في طرق القضاء وإنفاذ الأحكام، والقاضي مضطر إلى أن ينظر في

جميع أمور الخصماء؛ من قبول الشهادة، والتزكية، والتجريح، وغير ذلك، وغير البصير لا يمكنه

ذلك؛ لأنه لا يميز الأشخاص التي تزكي أو التي تزكي^٣، وقد اختلف العلماء في تولية القضاء

الأمي^٤ وهو بصير، ومميز، فكيف بالأعمى؟ وأكثر العلماء لا يجيزون شهادته، قاله ابن دُبوس (9)،

وأما كونه مسلماً، فلا خلاف بين المسلمين في ذلك، وأما كونه حراً، فقال القاضي أبو محمد: (10)

لا خلاف بين المسلمين في ذلك وعلته كون منافعه مستحقة لسيده فلا يجوز له أن يصرفها بين

^١ في خ ٢ ابن عشرة

^٢ سقط من خ ٢ (وقال ابن وهب سبع عشرة سنة)

^٣ (أو التي تزكي) سقطت من خ وفي ب، ت والتي لا تزكي.

^٤ في ب تزكية

^٥ (الأمي) سقطت من ب

تحتهم أحد من الناس، وقال ابن شهاب: (20) بلغني أنه يزداد في العمر بثلاثة؛ بالعدل في

الحكم، وكثرة الصدقة، وبر الوالدين.

قلت: وهذا كله لمن كان مثل هؤلاء السادات الفضلاء، وأما من كان مثلي فلا يغتر بمثل هذا،

ومن ابتلي فليسأل من الله الغفران، إنه جواد منان، لا رب غيره ولا معبود سواه.

الله بن عمر (لا يستعمل الخائن إلا خائن) (8)، ومن ذلك ما روى عن عمر أنه قال: (لا نولي

عملنا من أراد) (9) فمن طلب من إمام القضاء فولاه فعليه إثم عمل ذلك القاضي.

الفصل الثالث: فيما ورد في شرفه وتعظيمه لمن يستحقه من العلماء المجتهدين، وهم غير

موجودين في هذا العصر؛ فمما ورد في ذلك من القرآن العظيم قوله عز وجل: [يا داود إنا

جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى] (10)، وقوله عز وجل: [إنا

أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله] (11)، وقوله عز وجل: [فلا وربك لا

يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ... الآية] (12)، ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام: (إن

المقسطين عند الله يوم القيامة على منابر من نور عن يمين الرحمن، وكلتا يديه يمين، الذين

يعدلون في أحكامهم وأهليهم^١ وما ولوا) أخرجه مسلم (13)، وقال: (سبعة يظلهم الله في ظله يوم

لا ظل إلا ظله، إمام عادل) (14) فبدأ بالإمام العادل، وقال عليه الصلاة والسلام: (إذا نوى الإمام

العدل أعطاه الله خمس خصال؛ أولها توفيق العدل، والثانية نور الفراسة فينظر بنور الله فلا

تخطيء فراسته، والثالثة الهيبة في قلوب أهل الريب، والرابعة يوكل به ملكان يسددانه،

ويوفقانه للحق، والخامسة يعطى من الأجر في عدل ساعة مثل أجر عبادته في بيته ستين

سنة) (15).

وقال الحسن: (16) أجر حاكم عدل في يوم واحد أفضل من أجر رجل صلى في بيته ستين

سنة (17)، ثم قال الحسن: لأنه يدخل من عدله في ذلك اليوم على أهل كل بيت من المسلمين

خيرا، وقال مسروق: (18) لأن أقضي يوما واحدا بالحق وأعدل أحب إلي من أن أغزو سنة

في سبيل الله (19)، وكان مسروق لا يأخذ على القضاء رزقا، وقال عبد الله بن عمرو بن

العاص: الذين يلون أمور الناس^٢ فيعدلون فيهم على منابر من نور يوم القيامة ليس فوقهم أحد،

والذين يلون أمور الناس فلا يعدلون فيهم، في حضيرة^٣ في أسفل جهنم لها أليم أشنع^٤ ليس

^١ لم ترد هذه الآية في ت

^٢ سقط من ت (وأهليهم)

^٣ في خ (القضاء)

^٤ (الذين يلون ... أحد) سقط من خ

^٥ في ب، ت (علي حصير).

^٦ في ت السبع

قاضي مدينة كذا، مدينة سماها فوافقه جبريل على نبينا وعليه الصلاة والسلام على ذلك، فذهب
إلى قاضي تلك المدينة، فحين وصلا إليه جعل له جبريل مثل ما جعل للأول، وقال له جبريل مثل
ما قال للأول، فحكم عليهما بمثل ما حكم به عليهما الأول، فلم يوافق على ذلك صاحب العجل،
وقال لا يحكم بيننا إلا قاضي مدينة كذا لمدينة ثالثة سماها، فوافقه جبريل على ذلك وذهب إلى
قاضي تلك المدينة الثالثة، فحين وصلا إليه جعل له جبريل على نبينا وعليه أفضل الصلاة وأزكى
التسليم مثلما ما جعل للأولين وقال له مثل ما قال لهما فتحنى ذلك القاضي منه وقال له لا
أحكم اليوم؛ لأنني حائض، فقال له جبريل: وكيف يحيض الرجل؟ فقال له القاضي: وكيف تلد
الفرس العجل؟ فحين سمع جبريل هذه الإشارة كمل له المراد، وترك العجل لربه، وذهب للنبي
صلى الله عليه وسلم وأخبره بالقضية كلها، وقال له يا نبي الله: القضاة ثلاثة: قاض في الجنة
واثنان في النار فالآخذان للرشوة هما في النار، والمتنزه عنها هو في الجنة، وللناس في هذا
الحديث توجيهات وتأويلات يطول ذكرها (4).

ومنه ما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال لعبد الله بن عمر: (تقضي بين الناس،
قال: لا أقضي بين رجلين ما بقيت، قال: لتفعلن، قال: لا أفعل، قال: فإن أباك كان يقضي، قال:
كان أبي أعلم مني وأتقى، وقد بلغني أن القضاة ثلاثة: رجل حاف فهو في النار، ورجل تكلف
فقضي بما لم يعلم فهو في النار، ورجل علم فاجتهد فقضي فأصاب فذلك ينجو كفافا لا له ولا
عليه) (5). وقال ابن مسعود: (من حكم بين الناس جاء يوم القيامة وملك آخذ بقفاه حتى يدخله
على شفير جهنم ثم يرفع طرفه إلى الله فيقول: ألقه فيلقه فيهبى فيها خمسين خريفا) (6).

الفصل الثاني: فيما ورد من التعنيف على من ولي من لا يليق بالقضاء، فمن ذلك ما ورد عن
عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (ما من إمام أمر أميرا أو ولي قاضيا محاباة إلا كان عليه
نصف ما اكتسب من الإثم)، وقال أيضا: (من أمر أميرا أو استقضى قاضيا محاباة كان شريكه فيما
عمل من معصية الله ولم يكن له شيء مما عمل من طاعة الله) (7)، ومن ذلك ما ورد عن عبد

المجلس الأول

في بيان علم القضاء، والتحذير منه لأمثالي، والتعنيف^١ على من ولى أمور المسلمين من لا يليق بها، وشرفه^٢ لمن يليق به من العلماء، وما ورد في ذلك

الفصل الأول: فيما ورد في التحذير منه، فمنه قوله صلى الله عليه وسلم (من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين) (١) وهذا تنبيه منه صلى الله عليه وسلم على ما يدخل^٣ فيه من الأمر العظيم؛ لأن الغالب عدم السلامة منه؛ لأنه بلية لمن امتحن به ومحنة، ومنه قوله صلى الله عليه وسلم (إنكم ستحرصون على الإمارة وستكون حسرة وندامة يوم القيامة) (٢) ومنه قوله صلى الله عليه وسلم (القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثنان في النار؛ أما الذي في الجنة فرجل عرف الحق ف قضى به، وأما اللذان في النار؛ فرجل عرف الحق فجار في الحكم، ورجل قضى في الناس على جهل فهما في النار)^٤ (٣).

قلت: وسمعت في المجالس من فسر هذا الحديث بغير هذا، ولم أقف عليه منصوصا، وذلك أن سبب نزول هذا الحديث على النبي صلى الله عليه وسلم هو أن جبريل نزل على النبي صلى الله عليه وسلم وأراد أن يظهر لنبي الله ويعلمه بأحوال أهل الأرض كما أمره الجليل جل جلاله بذلك فنزل إلى الأرض على صورة شيخ راكب على فرس فوجد عجلا خارج مدينة يرمى، فأوحى إلى العجل فتبع الفرس، فقدم رب العجل وقال العجل لي، فقال له جبريل ها هو يتبع فرسي، فترافع صاحب العجل مع جبريل إلى قاضي تلك المدينة، فوصلا إليه، وأخذ جبريل ياقوتة عظيمة ودسها في يد ذلك القاضي، ثم قال له احكم بيننا فحكم القاضي بالعجل لجبريل، واحتج في حكمه بأن العجل يتبع الفرس، فقال صاحب العجل إنما يحكم بيننا في هذه القضية

^١ في ت والتعقيب

^٢ في ت وصرفه

^٣ سقط من ت (على ما يدخل)

^٤ سقط من ب من قوله (أما الذي في الجنة ... إلى آخر الحديث)

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم

قال الشيخ الإمام العالم قاضى الجماعة بمدينة فاس أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد
اليفرنى الشهير بالمكناسى رحمه الله .

الحمد لله الذي أعل^(١)ى علم الشرائع وأظهره ، وبينه على لسان نبيه عليه الصلاة والسلام ونوره ،
والصلاة والسلام على نبيه الصادق الأمين ، خاتم الأنبياء والمرسلين ، وعلى آله وذريته وأزواجه
وأصحابه الأكرمين ، وعلى التابعين المرشدين المهتدين ، صلاة طيبة كاملة نجدها يوم الدين ،
وسلم تسليمًا.

وبعد فإنني لما بليت في دنياي بخطة القضاء ، وتصرفت بالفصل في أنواع محاضرها كما سبق به
القضاء ، قصدت في هذا المختصر إلى جمع مجالس القضاة والحكام ومحاضراتها ورسوم مناظراتها
ونبذ مما اشتملت^٢ عليه محاضر الأحكام ، وأبين إن شاء الله في كل مجلس ما يليق به^٣ من
تصرفاته وأحكامه ، أعاننا الله على جمعه وكماله ، وجعل ذلك خالصا لوجهه سالما من نزغات
الشیطان وأجناده ، إنه على ذلك قدير ، وبالإجابة جدير ، وهو نعم المولى ونعم النصير .

^١ في ت علم

^٢ في ب، خ، س (استمرت)

^٣ سقط من ت (ما يليق به)

اللهم صل وسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه.

[illegible]

وَاللَّهُمَّ ارْحَمْهُ — بِمَنْزِلَةِ الْفَقْرِ ارْحَمْهُ رَحْمَةً رَافِقَةً
وَعَلَى الْوَعْدِ

التمهيد في بيان ما هو الحق والباطل
والله اعلم بالصواب

[illegible][illegible]

الفرق بين ما ورد في الخبرين

وہذا فیہ منہ صلو اللہ علیہ وسلم من امر اللہ تعالیٰ فی حقہ ویرثہ
وہذا فیہ منہ صلو اللہ علیہ وسلم من امر اللہ تعالیٰ فی حقہ ویرثہ

وَاللّٰهُ عَلٰی مَا نَعْمُوْا اِنَّا فَخْرٌ ۝۱۰۰

三

●

4

إِذَا فَرَغْتَ فَانصَبْ

四

[illegible][illegible]